

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ - UNIVALI

**A transição de paradigmas político-jurídicos na modernidade  
tardia e a problemática dos Direitos Humanos:**

---

**a associação regional de Estados como proposta estruturante de  
soluções**

**Isaac SABBÁ GUIMARÃES**

Itajaí, dezembro de 2012

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI  
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA  
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA –  
PPCJ  
CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ  
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE  
E PRODUÇÃO DO DIREITO

**A transição de paradigmas político-jurídicos na modernidade  
tardia e a problemática dos Direitos Humanos:  
a associação regional de Estados como proposta estruturante de  
soluções**

Isaac SABBÁ GUIMARÃES

Tese submetida ao Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da  
Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à  
obtenção do Título de Doutor em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Marcos Leite Garcia

Co-orientador: Professor Doutor Carlo Calvieri

Itajaí, dezembro de 2012

## AGRADECIMENTO

O trabalho de investigação científica – tal como, aliás, outras manifestações da vida –, reflete sempre a *circum-stantia* que tangencia o estudioso, e contra a qual se sente ele inerme, não podendo romper o cerco por mais que se pretenda neutro e almeje aproximar-se do conhecimento puro. Portanto, mesmo sentindo a necessidade do isolamento e das horas ininterruptas de quietude, autênticas condições para a fruição do *lógos* nos *scripta*, o estudioso será irremediavelmente devedor de tudo quanto o rodeia.

Não foi diferente, por óbvio, com a execução desta tese, para a qual contribuíram tanto os estímulos institucionais da UNIVALI, por meio do Magnífico Reitor, Professor Doutor Mário César dos Santos, do Diretor do Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Professor Doutor José Carlos Machado, e do Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Professor Doutor Paulo Márcio da Cruz; da CAPES, por meio da concessão de bolsa para estágio de investigação no exterior; da Escola de Direito da Universidade do Minho, na pessoa de seu Presidente, Professor Doutor Mário João Ferreira Monte; como aquelas pessoas que tiveram a paciência de ouvir-me e dar sua opinião, especialmente o Orientador, Professor Doutor Marcos Leite Garcia, o Co-orientador, Professor Doutor Carlo Calvieri, o Professor Doutor Gabriel Real Ferrer, o Professor Doutor Cesar Luiz Pasold. De igual forma agradeço a meu pai, Newton Sabbá Guimarães, linguista e filósofo da linguagem, que opinou sobre como devia evitar as armadilhas da palavra e meditá-la em sua riqueza semântica.

## DEDICATÓRIA

Este trabalho é dedicado às pessoas que sempre estiveram ao meu lado, dando seu estímulo e, muitas vezes, ouvindo-me pacientemente:

meus pais, Newton e Arlete,

minha esposa Neusa e

minha filha Sofia.

## TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora, o Orientador e o Coorientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí, dezembro de 2012.

Isaac Sabbá Guimarães  
Doutorando

## PÁGINA DE APROVAÇÃO

## **ROL DE CATEGORIAS**

Rol de categorias que o Autor considera estratégicas à compreensão do seu trabalho, com seus respectivos conceitos operacionais.

### **1. Direitos humanos**

Sua noção aparece ao tempo das declarações de direitos, no século XVIII, quando se falava de direitos do homem e do cidadão, em documentos políticos nos quais eram frequentes as expressões “povo”, “nação” e “cidadãos”, mas, invariavelmente, num sentido universalista e atemporal. Esta ideia é, mais tarde, ratificada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que constitui importante marco para se deliberar sobre direitos em nível supranacional.

### **2. Declarações de direitos**

Embora a história política registre textos escritos com regras procedimentais de liberdade desde a baixa Idade Média, como é o caso da Magna Charta Libertatum, de 1215, onde se vislumbram traços da rule of Law como garantia da liberdade física, e em outros documentos políticos ingleses, para nossa pesquisa a categoria estará referida ao constitucionalismo norte-americano e francês de fins do século XVIII.

### **3. Rule of Law (regra de Direito)**

Categoria cujo ponto fulcral se localiza no direito inglês medieval. O princípio indicará que todos estarão submetidos à legalidade. Com essa expressão “designam-se os princípios, as instituições e os processos que a tradição e a experiência dos juristas e dos tribunais mostraram ser essenciais para a salvaguarda da dignidade das pessoas frente ao Estado, à luz da ideia de que o Direito deve dar aos indivíduos a necessária protecção contra qualquer exercício

arbitrário de poder.”<sup>1</sup>

#### 4. Constitucionalismo

Numa primeira aproximação ao conceito dessa categoria, Matteucci refere que é “função do Constitucionalismo traçar os princípios ideológicos, que são a base de toda a Constituição e da sua organização interna”. Mas avança com a noção de que “Constitucionalismo é a técnica da liberdade, isto é, a técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício dos seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condições de não os poder violar.”<sup>2</sup>

#### 5. Constituição

Vergotini dá-nos um conceito preciso da categoria: “entende-se por Constituição aquele conjunto de princípios que se situam no vértice de qualquer sistema normativo, relativos a um número variado de entes, tais como os Estados, as organizações internacionais, a comunidade internacional.”<sup>3</sup> O conceito jurídico desta categoria, por óbvio, estará relacionado com o corpo orgânico jurídico-político do Estado.

#### 6. Povo

Caetano entende tratar-se de “colectividade humana que, a fim de realizar um ideal próprio de justiça, segurança e bem-estar, reivindica a instituição de um poder político privativo que lhe garanta o direito adequado às suas necessidades e aspirações.”<sup>4</sup>

#### 7. Poder político

---

<sup>1</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Preliminares, o Estado e os sistemas constitucionais. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. t. I. p. 130.

<sup>2</sup> MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 5. ed. Trad. de Carmen C. Varrialle et alli. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2000. v. I. p. 247-248.

<sup>3</sup> VERGOTTINI, Giuseppe. Constituição. In BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. p. 259.

<sup>4</sup> CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. 6. ed. rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 1996. t. I. p. 123.



Distingue-se de soberania, uma vez que “*é a faculdade exercida por um povo de, por autoridade própria (não recebida de outro poder), instituir órgãos que exerçam o senhorio de um território e nele criem e imponham normas jurídicas, dispondo dos necessários meios de coacção*”<sup>5</sup>, antecedendo, pois, o próprio Estado, enquanto que soberania é inerente a esse organismo político.

## 8. Nação

“É uma comunidade de base cultural. Pertencem à mesma Nação todos quantos nascem num certo ambiente cultural feito de tradições e costumes, geralmente expresso numa língua comum, actualizado num idêntico conceito da vida e dinamizado pelas mesmas aspirações de futuro e os mesmos ideais colectivos.”<sup>6</sup>

## 9. Cidadãos

São os membros de uma comunidade política que têm aptos ao exercício de certos direitos inerentes à nacionalidade, estabelecidos na Constituição.

## 10. Direitos fundamentais

Embora se faça alguma confusão com a outra categoria, é necessária a distinção. Para Schäfer, “A expressão direitos fundamentais deve ser reservada para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional, enquanto o termo direitos humanos guarda relação com os documentos de direito internacional, por se referir àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, aspirando, dessa forma, à validade universal, para todos os povos e tempos, revelando um inquestionável carácter supranacional.”<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. p. 130. Itálicos no original.

<sup>6</sup> CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. p.130.

<sup>7</sup> SHÄFER, Jairo Gilberto, apud TAIAR, Rogério. **A dignidade da pessoa humana e o direito penal**. A tutela penal dos direitos fundamentais. São Paulo: SRS, 2008, p. 7-8.

## 11. Direitos de liberdade

Mesmo que o marco inicial do estabelecimento desse conceito seja o jusracionalismo, quando se pensaram aqueles direitos inerentes ao homem, chamados de direitos naturais, Vieira de Andrade<sup>8</sup> destaca a ocorrência de direitos de liberdade dirigidos à proteção de minorias (raciais, religiosas, políticas) concretas e, também, direitos sociais (direitos ao trabalho, ao repouso, à educação), que surgiram posteriormente, já na segunda onda de constitucionalização, durante o século XX. Para nossas investigações, no entanto, utilizaremos a noção consagrada pelo modelo de constituição-garantia, que estabelece as liberdades negativas, de não interferência estatal.

## 12. Jusracionalismo

Trata-se da corrente moderna do jusnaturalismo, surgida no século XVII, com Grócio, Pufendorf, Thomasius, Wolff, dentre outros. “Essa corrente representa uma profunda ruptura com o jusnaturalismo clássico, de inspiração aristotélico-tomista e escolástico, e provoca uma autêntica transmutação do verdadeiro conceito de direito natural”, uma vez que, por um lado, se desliga de seus fundamentos teológicos e ontológicos e, por outro lado, torna-se “instrumento de um racionalismo subjectivista, abstracto e a-histórico, que pretende construir dedutivamente, a partir de certos princípios, rígidos e exaustivos sistemas de direito natural dotados de validade universal e perpétua.”<sup>9</sup>

## 13. Direito natural

Tem suas bases no estoicismo, que muito influenciou Cícero, quem já preconizava as bases de um direito atemporal, universal, que submete todos a um princípio de igualdade.

## 14. Estoicismo

---

<sup>8</sup> ANDRADE, José Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa**. de 1976. Coimbra: Almedina, 1987, p. 22-23.

<sup>9</sup> CHORÃO, Mário Bigotte. **Temas fundamentais de direito**. Coimbra: Almedina, 1991, p. 108.

Escola filosófica fundada em 300 a.C, por Zenão de Cicio, tendo por fundamentos: “1º divisão da filosofia em três partes: lógica, física e ética; 2º concepção da lógica como dialética [...]; 3º teoria dos signos [...]; 4º conceito de uma Razão divina que rege o mundo e todas as coisas no mundo [...]; 5º doutrina segundo o qual [...] o homem é guiado infalivelmente pela razão [...]; 6º condenação total de todas as emoções e exaltação da apatia como ideal do sábio; 7º cosmopolitismo, ou seja, doutrina de que o homem não é cidadão de um país, mas do mundo; 8º exaltação da figura do sábio e de seu isolamento dos outros [...]”<sup>10</sup>

## 15. Geração de direitos

Há dois pontos de partida para se estabelecer o conceito desta categoria: o conceito orteguiano de geração, expresso no seu ensaio **El tema de nuestro tiempo**<sup>11</sup>, e a noção mais desenvolvida de Bobbio, referida à sucessão de direitos humanos que, no entanto, não impede seja deslocada para o trato dos direitos fundamentais. Utilizaremos uma fundamentação ontológica de geração cunhada por Ortega y Gasset, para quem a geração representa uma altitude vital, que determina os modos de uma existência humana. Cada geração representa uma nova altitude que, contudo, não implica na simples negação da anterior.

## 16. Ontologia

Parte da metafísica que se destina a tratar do ser enquanto ser.

## 17. Onda de constitucionalização

Para Hauriou, “O movimento constitucional moderno, que se inicia ao fim do século XVIII, não pode ser entendido como uma progressão contínua no mundo inteiro. Ele é desenvolvido em ondas sucessivas, consequentes quer de movimentos

<sup>10</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 4. ed. Tradução coordenada por Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 375. Título original: **Dizionario di filosofia**.

<sup>11</sup> ORTEGA Y GASSET, José. El tema de nuestro tiempo. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. T. 3. Madri: Taurus, 2005, p. 564.

revolucionários, quer das grandes guerras mundiais.”<sup>12</sup> O constitucionalista francês distingue quatro grandes ondas constitucionais, sendo que a nós nos interessará para a realização das investigações a primeira onda constitucional, marcada pela Declaração de Independência norte-americana (1776) e pela Revolução francesa de 1789.

## **18. Liberalismo**

Trata-se de um fenômeno econômico e político surgido na Europa, que teve seu momento de maior importância no século XIX. Não se pode desprezar, contudo, o desenvolvimento da filosofia liberal, de origem francesa – com Rousseau e Condorcet – e alemã – representada por Hegel – que propugnava a liberdade individual.

## **19. Liberalismo político**

Propõe a garantia das liberdades, o que, na prática política ocorre, segundo Carl Schmitt, pela observação de dois princípios: pelo princípio da distribuição “a esfera de liberdade do indivíduo se supõe como um dado anterior ao Estado, ficando a liberdade do indivíduo ilimitada em princípio, enquanto que a faculdade do Estado para invadi-la é limitada em princípio”; pelo princípio de organização, “o poder do Estado (limitado em princípio) divide-se e fecha-se num sistema de competências circunscritas.”<sup>13</sup> Trata-se de uma reação ao Estado absolutista.

## **20. Liberalismo econômico**

Está diretamente associado ao período de surgimento do capitalismo e tem como pressuposto a emancipação da economia em relação a aspectos dogmáticos alheios a ela própria.

## **21. Liberdade negativa**

---

<sup>12</sup> HAURIUO, André. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. Paris: Éditions Montchrestien, 1968, p. 75.

<sup>13</sup> SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Tradução castelhana de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1982, p. 138.

Categoria formulada por Isaiah Berlin, para quem a liberdade implica em que “não interfiram em minha atividade para além de um limite, que é cambiante, mas sempre reconhecível.”<sup>14</sup> Tal liberdade é esquematicamente representada como *liberty from*. Está relacionada com as chamadas liberdades burguesas, do Estado de modelo liberal.

## 22. Liberdade positiva

Se a liberdade negativa exige a abstenção do Estado em invadir a esfera individual, a liberdade positiva será a ideia de substantivação das liberdades pela providência estatal. É esquematicamente representada por Berlin como *liberty to*, liberdade para autorrealização, na medida em que se traça um projeto de vida e se o leva a cabo.

## 23. Axiologia

Trata-se da filosofia dos valores.

## 24. Globalização

Segundo Sousa Santos, trata-se de “[...] um fenómeno multifacetado com dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas interligadas de modo complexo. Por esta razão, as explicações monocausais e as interpretações monolíticas deste fenómeno parecem pouco adequadas.”<sup>15</sup> O sociólogo português entende existirem várias expressões da globalização, para nós nos interessando a globalização política e cultural.

## 25. Globalização econômica

Sousa Santos entende que a globalização econômica é arrimada no consenso econômico neoliberal, que apresenta as seguintes inovações: “restrições drásticas

---

<sup>14</sup> BERLIN, Isaiah. **Cuatro ensayos sobre la libertad**. Tradução de Julio Bayon. Madrid: Alianza Editorial, 1998, p. 226. Título original: **Four essays on liberty**.

<sup>15</sup> SANTOS, Boaventura Sousa. Linha de horizonte. In SANTOS, Boaventura Sousa (organizador). **A globalização e as ciências sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2005, p. 26.

à regulação estatal da economia; novos direitos de propriedade internacional [...]; subordinação dos Estados nacionais às agências multilaterais tais como o Banco Mundial, o FMI e a Organização Mundial do Comércio.”<sup>16</sup>

## 26. Globalização cultural

Dá-se pelo estreitamento das distâncias culturais, inclusive decorrente da revolução tecnológica. Não se pode negar a possibilidade de uma globalização hegemônica, segundo a qual algumas culturas acabam se impondo sobre outras, sufocando os localismos.

## 27. Transnacionalidade

As globalizações deram causa ao tratamento de diversas matérias de interesse comum de comunidades políticas em espaços que transcendem o do Estado. Tal fenômeno, com extensões políticas e jurídicas, pressupõe, segundo Cruz e Bodnar, a discussão das seguintes propostas: “a) Constituição a partir de estados em processo de abdicação intensa das competências soberanas; b) Formação por instituições com órgãos e organismos de governança, regulação, intervenção e aplicação das normas transnacionais; c) Capacidade fiscal em diversos âmbitos transnacionais [...]; d) Atuação em âmbitos difusos transnacionais [...]; e) Pluralismo de concepção, para incluir nações que não estão organizadas politicamente a partir da lógica judaico-cristã ocidental; f) Implantação gradativa de democracia transnacional deliberativa e solidária; g) Constituição de espaços públicos transnacionais especialmente com base na cooperação, solidariedade e no consenso; h) Capacidade de coerção, como característica fundamental, destinada a garantir a imposição dos direitos e deveres estabelecidos democraticamente a partir de consenso [...]”<sup>17</sup> Para aclarar o âmbito conceitual do fenômeno, Garcia refere que “[...] as demandas transnacionais não tratam somente de questões

---

<sup>16</sup> SANTOS, Boaventura Sousa. **Linha de horizonte**, cit. p. 29.

<sup>17</sup> CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. In CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (organizadores). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 57.

relacionadas com a globalização econômica [...], e sim com fundamentais questões de direitos relacionadas com a sobrevivência do ser humano no planeta.”<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. *In* CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (organizadores). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 175.

## Sumário

|                                                                                                                                                                 |           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>RESUMO.....</b>                                                                                                                                              | <b>19</b> |
| <b>RESUMEN.....</b>                                                                                                                                             | <b>21</b> |
| <b>INTRODUÇÃO.....</b>                                                                                                                                          | <b>22</b> |
| <b>PARTE I</b>                                                                                                                                                  |           |
| <b>ABORDAGEM EPISTEMOLÓGICA: O PERSPECTIVISMO HISTÓRICO E O GERACIONISMO DE DIREITOS HUMANOS.....</b>                                                           | <b>28</b> |
| <b>CAPÍTULO 1</b>                                                                                                                                               |           |
| <b>PERSPECTIVISMO HISTÓRICO E RAZÃO VITAL COMO CATEGORIAS JUSTIFICANTES DE UMA EPISTEMOLOGIA DOS DIREITOS HUMANOS.....</b>                                      | <b>29</b> |
| 1.1 A razão histórica – ou a consciência da historicidade do homem – como premissa fundante do progresso humano (e a ideia inicial sobre progresso humano)..... | 29        |
| 1.2 Em busca da definição de ciência da História e sua importância.....                                                                                         | 43        |
| 1.2.1 O cristianismo e a História como “significação constitutiva” .....                                                                                        | 43        |
| 1.2.2 O renascimento e o antropocentrismo: as bases para uma melhor definição de História.....                                                                  | 47        |
| 1.2.3 Vico e a descoberta da ciência nova: ponto de partida para a abordagem crítica da História.....                                                           | 50        |
| 1.2.4 Ao chegarmos a este ponto, continuará lícita a afirmação determinista de uma Natureza Humana como diretriz da História?.....                              | 53        |
| 1.2.5 O Positivismo e a tentativa de cientificizar a História: rasgos para uma crítica tendente à hermenêutica.....                                             | 60        |
| 1.3 Suma crítica e a busca de uma epistemologia da História dos Direitos Humanos.....                                                                           | 65        |
| 1.3.1 A <i>História como sistema</i> de compreensão do homem: a supressão do cartesianismo em uma nova perspectiva epistemológica.....                          | 72        |
| 1.3.1.1 O programa da filosofia da História de Ortega y Gasset.....                                                                                             | 72        |
| 1.3.1.2 A História compreendida como um sistema.....                                                                                                            | 77        |
| 1.3.2 Um quadro epistemológico dos Direitos Humanos.....                                                                                                        | 83        |
| <b>CAPÍTULO 2</b>                                                                                                                                               |           |
| <b>A LIBERDADE, SEU CONHECIMENTO E DELIMITAÇÃO: EM BUSCA DAS ORIGENS DOS DIREITOS HUMANOS.....</b>                                                              | <b>90</b> |
| 2.1 A liberdade como fundamento da humanidade.....                                                                                                              | 95        |
| 2.1.1 A liberdade dos antigos.....                                                                                                                              | 100       |



|                                                                                                                       |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.1.2 A liberdade dos medievos.....                                                                                   | 109 |
| 2.1.3 O Renascimento como força motriz cultural do reconhecimento de novos papéis para o cidadão.....                 | 114 |
| 2.1.4 A liberdade dos modernos e a fixação dos direitos de liberdade.....                                             | 117 |
| 2.2 O problema da legitimação dos direitos de liberdade.....                                                          | 121 |
| 2.2.1 A abordagem filosófica em Kant.....                                                                             | 124 |
| 2.2.1.1 A liberdade como direito inato.....                                                                           | 129 |
| 2.2.2 A abordagem antropológico-cultural.....                                                                         | 132 |
| 2.2.3 A abordagem jurídico-constitucional: a positivação dos direitos de liberdade.....                               | 141 |
| 2.2.3.1 A experiência constitucional inglesa.....                                                                     | 142 |
| 2.2.3.2 A experiência constitucional americana.....                                                                   | 146 |
| 2.2.3.3 A experiência constitucional francesa (construção do modelo de constitucionalismo da Europa continental)..... | 149 |

### **CAPÍTULO 3**

|                                                                                                                                                                                                                                       |            |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>GERACIONISMO E AS GERAÇÕES DE DIREITOS.....</b>                                                                                                                                                                                    | <b>156</b> |
| 3.1 Uma questão inicial à guisa de compreender-se a dimensão político-jurídica da universalização dos Direitos Humanos como processo histórico (e sobre direitos históricos): serão os Direitos Humanos universais e atemporais?..... | 156        |
| 3.2 O entendimento do processo histórico de formação dos Direitos Humanos através do geracionismo (de direitos).....                                                                                                                  | 164        |
| 3.2.1 A dissensão (acadêmica) entre os termos Dimensão de Direitos e Geração de Direitos: de onde se escoimam os equívocos em favor da coerência epistemológica.....                                                                  | 168        |
| 3.3 O conceito de Geração em Ortega y Gasset.....                                                                                                                                                                                     | 177        |
| 3.4 As Gerações de direitos perspectivadas segundo um princípio ontológico-axiológico de irrenunciabilidade.....                                                                                                                      | 180        |

|                                  |            |
|----------------------------------|------------|
| <b>PRIMEIRAS CONCLUSÕES.....</b> | <b>189</b> |
|----------------------------------|------------|

## **PARTE II**

|                                                                                                      |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>A MODERNIDADE TARDIA E OS NOVOS DESAFIOS PARA UMA POLÍTICA JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS.....</b> | <b>192</b> |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|

### **CAPÍTULO 4**

|                                                                                                                                                                                                  |            |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>A MUNDIALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....</b>                                                                                                                                                 | <b>193</b> |
| 4.1 A Mundialização – ou as várias formas de Mundialização – como fenômeno humano e proposta de um sentido conceptual.....                                                                       | 193        |
| 4.1.1 Caracterização conceptual de Mundialização e de seu sistema problemático.....                                                                                                              | 197        |
| 4.2 O homem como ser ambíguo a viver em muitos mundos e as dificuldades de localização do <i>punctum</i> fundamental da humanidade. Há hipóteses para a Mundialização dos Direitos Humanos?..... | 203        |
| 4.2.1 Concepções Universalistas sobre Direitos Humanos.....                                                                                                                                      | 209        |
| 4.2.2 Concepções Relativistas sobre Direitos Humanos.....                                                                                                                                        | 217        |

|                                                                                                                                   |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 4.2.2.1 Suma crítica.....                                                                                                         | 223 |
| 4.2.3 Via Consensual.....                                                                                                         | 238 |
| 4.2.3.1 Serão os contextos herméticos e incommunicáveis entre si?.....                                                            | 242 |
| 4.2.3.2 Haverá um discurso ético partilhável entre todos os homens que fundamente um núcleo irreduzível de Direitos Humanos?..... | 246 |
| 4.2.3.3 Consenso sobreposto como estratégia política de respeito e efetivação dos Direitos Humanos.....                           | 257 |
| 4.2.3.4 Notas prospectivas e metodológicas para a via Consensual dos Direitos Humanos.....                                        | 262 |

## **CAPÍTULO 5**

### **HORIZONTES CONTEMPORÂNEOS DOS DIREITOS HUMANOS E SUAS VICISSITUDES.....**

|                                                                                                                                                       |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 5.1 Caracterização do modelo internacionalista de proteção dos Direitos Humanos.....                                                                  | 270 |
| 5.1.1 Diferenças entre o modelo clássico e o modelo da Carta das Nações Unidas de Direito Internacional.....                                          | 274 |
| 5.1.1.1 A vinculação cogente da Comunidade Internacional aos Direitos Humanos.....                                                                    | 282 |
| 5.2 Insuficiência dos mecanismos de Direito Internacional dos Direitos Humanos.....                                                                   | 293 |
| 5.3 As transformações políticas e econômicas e o esgotamento do modelo da Carta das Nações de relacionamento entre Estados na modernidade tardia..... | 301 |
| 5.3.1 A Globalização e seus reflexos nas vias de tratamento dos problemas relacionados com os Direitos Humanos.....                                   | 303 |
| 5.3.1.1 Globalização ou Globalizações? A proposta sociológica de Sousa Santos.....                                                                    | 306 |
| 5.3.1.2 Transnacionalidade e sua dificuldade conceitual.....                                                                                          | 310 |
| 5.4 Summa indivisa: o conjunto problemático e a fadiga dos paradigmas.....                                                                            | 314 |

## **CAPÍTULO 6**

### **DIMENSÕES SUPRANACIONAIS E TRANSNACIONAIS DE POLÍTICA JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS.....**

|                                                                                                                           |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 6.1 A contextualização da terceira Geração de Direitos Humanos e suas concretizações no sistema regional de proteção..... | 317 |
| 6.2 Sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos.....                                                          | 321 |
| 6.2.1 Comissão Interamericana de Direitos Humanos.....                                                                    | 323 |
| 6.2.2 Corte Interamericana de Direitos Humanos.....                                                                       | 325 |
| 6.2.3 Aspectos críticos.....                                                                                              | 326 |
| 6.3 Sistema europeu de proteção dos Direitos Humanos: em busca da integração europeia.....                                | 329 |
| 6.3.1 Experiência supranacional de política jurídica: o sistema europeu de Direitos Humanos.....                          | 331 |
| 6.3.1.1 Convenção Europeia de Direitos Humanos.....                                                                       | 333 |
| 6.3.1.2 Corte Europeia de Direitos Humanos.....                                                                           | 336 |
| 6.3.2 Política jurídica do sistema comunitário dos Direitos Humanos: do papel                                             |     |

|                                                                                                                                       |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| afirmativo do Tribunal de Justiça à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.....                                             | 339 |
| 6.3.2.1 A Carta de Direitos Fundamentais, a adesão da União à Convenção Europeia de Direitos Humanos e os mecanismos de controle..... | 342 |
| 6.4 Suma crítica.....                                                                                                                 | 348 |

## **CAPÍTULO 7**

### **A UNIÃO DAS NAÇÕES SUL-AMERICANAS E AS POSSIBILIDADES DE UM PROJETO POLÍTICO-JURÍDICO DE DIREITOS HUMANOS.....**

|                                                                               |     |
|-------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 7.1 As tentativas de constituição de um bloco regional das Nações do Sul..... | 352 |
| 7.1.1 A integração comercial.....                                             | 356 |
| 7.1.2 A UNASUL como nova forma de integração regional.....                    | 360 |
| 7.1.2.1 Organização institucional e mecanismos de controle.....               | 365 |

### **CONCLUSÕES.....**

### **REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS .....**

384

## RESUMO

A presente Tese está inserida na linha de pesquisa **principiologia constitucional e política do direito**, sendo resultado final do curso de pós-graduação *stricto sensu* ao nível de doutorado em Ciências Jurídicas, realizado na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, em regime de dupla titulação mediante convênio celebrado com a Università degli Studi di Perugia.

Seu escopo é estabelecer, ao longo da primeira parte, uma epistemologia para os Direitos Humanos, para o que se tem, como premissa inicial, sua concepção na forma de direitos históricos, seja em razão do momento genésico destes direitos em fins do século XVIII, seja em razão de seu incremento em cada momento de ruptura de paradigmas – históricos. Dessa forma, o empenho inicial é no sentido de formular uma ideia substantiva de História e da noção que lhe é inerente que conotará com as (re)definições de Direitos Humanos ao longo de seu processo constitutivo. Para tanto, o Autor apoia-se na filosofia de Ortega y Gasset, após examinar outros modelos epistemológicos, como o do positivismo. Radica uma noção de evolução histórica dos Direitos Humanos no perspectivismo. Na sequência, perscruta os fundamentos que influíram, na civilização ocidental, para a definição dos direitos de liberdade, incluindo não apenas o substrato filosófico, mas antropológico e intelectual, que desaguaram no caudal ideológico de fins do século XVIII. Por fim, mantendo-se coerente ao fio condutor que percorre o texto, o Autor assenta as bases para a compreensão da evolução dos Direitos Humanos em Gerações, tendo como baliza a filosofia orteguiana.

Na segunda parte, a preocupação do Autor recai sobre o conflituoso esgotamento dos paradigmas no momento histórico a que denomina de modernidade tardia, notadamente pelo fato de a política jurídica registrar a pretensão de ultrapassar o *universalismo retórico* para lograr a *Mundialização* dos Direitos Humanos. O conflito dá-se, por um lado, em razão das vicissitudes

enfrentadas pelo discurso dos Direitos Humanos numa humanidade plural, multicultural e com mundividências diversas; por outro lado, já no campo político-jurídico, pelo fato de as Organizações Internacionais estarem atadas a um rígido esquema jusinternacionalista que, por fundar-se nos princípios clássicos do modelo vestefaliano, impedem certas concretizações tidas como fundamentais. É assim que, numa primeira etapa, procura evidenciar um mínimo ético de maior consensualidade. Depois, apresenta notas do modelo de Direito Internacional dos Direitos Humanos da Carta das Nações; que será contrastado, num outro momento, pelas políticas jurídicas regionais e da associação de Estados da União Europeia. Por fim, apresentará sua proposta de política jurídica dos Direitos Humanos para a América do Sul, a partir de perspetivações da UNASUL.

Palavras-chave: Direitos Humanos – Perspectivismo Histórico  
– Gerações de Direitos – Política Jurídica.

## RESUMEN

Esta tesis se inserta en la línea de investigación **principiología constitucional y política del derecho**, y es resultado del curso de post-gradación a nivel de doctorado en Ciencias Jurídicas que el Autor ha hecho en la Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, bajo acuerdo de doble titulación con la Università Degli Studi di Perugia.

Su objetivo es establecer, en la primera parte, con tres capítulos, una epistemología de los Derechos Humanos, teniendo como premisa la concepción de su historicidad. En esa parte, se camina por las orillas de la Historia del origen de los Derechos Humanos, hasta llegar a su fundamental idea generativa, para la cual el Autor se sirve de la filosofía de Historia de Ortega y Gasset, analizando las posibilidades epistemológicas de la categoría Generación de Derechos. En la segunda parte, que contiene cuatro capítulos, la preocupación recae sobre el presente momento histórico, en que se constata el agotamiento de paradigmas de la modernidad y el fallo de las políticas de protección de los Derechos Humanos por las Organizaciones Internacionales. Después de analizar el sistema jurídico internacional de la Carta de las Naciones Unidas, el Autor pone de relieve los experimentos de la Unión Europea de protección de los Derechos Humanos y, al final, empieza a describir sus proposiciones para la política jurídica acerca de esa materia para los países de América del Sur.

Palabras-clave: Derechos Humanos – Perspectivismo Histórico – Generaciones de Derechos – Política Jurídica.

## INTRODUÇÃO

O objeto da presente Tese é o estudo da transição de paradigmas político-jurídicos na modernidade tardia, enfocando-se, especificamente, a problemática de efetivação e respeito aos Direitos Humanos. A relevância da matéria comporta, em realidade, a formação, num primeiro momento, de uma base epistemológica para a compreensão dos Direitos Humanos como direitos referencialmente históricos, a qual servirá, numa segunda fase, ao enfrentamento dos desafios político-jurídicos decorrentes da circunstância da modernidade tardia, para a progressiva disseminação desses direitos, mais precisamente entre os Estados da América do Sul, onde se veem possibilidades mediadoras do sistema problemático na UNASUL que, a um só tempo, tem o perfil de Associação de Estados voltada para a integração regional e destinada ao cumprimento de melhoria dos povos do sul, inclusive pela elevação dos índices de proteção aos Direitos Humanos.

O objetivo institucional da presente Tese é a obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica pelo Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Univali, com dupla titulação reconhecida por meio de convênio celebrado com a Università degli Studi di Perugia.

O seu objetivo científico, uma vez demarcados os limites conceituais e epistemológicos que se relacionam intrinsecamente com a evolução dos Direitos Humanos no quadro histórico, é o de se darem, inicialmente, algumas respostas à cadeia problemática que se inaugura com os questionamentos acerca das perspectivas para a matéria numa época histórica que se pode dizer em transição. Com efeito, o sistema jusinternacional surgido após a Segunda Grande Guerra, mais comumente denominado de sistema da Carta das Nações Unidas, não abandona os clássicos princípios inaugurados com a Paz de Vestefália e prosseguidos pela Santa Aliança, mormente aqueles que dizem respeito à Soberania (tradicionalmente entendida como *summa potestas*); daí que as Organizações Internacionais, como a ONU, apresentem procedimentos de pouca

efetividade para o trato de violações dos Direitos Humanos (como se pode perceber, enquanto se escreve esta Tese, em relação aos crimes contra a humanidade que têm ocorrido na Síria, diante, no entanto, da quase apatia das Organizações Internacionais). Esta situação, que integra um sistema problemático de maior extensão, adensado pelas mudanças ocorridas no Mundo após o fim da Guerra Fria, pela queda do muro de Berlim, e pela quase eliminação de fronteiras em meio à onda do fenômeno da Globalização, parece evidenciar o esgotamento do paradigma jusinternacional. O cenário da Comunidade Internacional não mais está dominado pela polarização de ideologias entre o Ocidente e o Leste; nem é crível que hoje subsista uma situação política e econômica que já foi cognominada de neocolonização dos países periféricos em razão de centros hegemônicos; com o esfacelamento dos regimes socialistas filiados à antiga União Soviética, o capitalismo ganha nova força e dinâmica, ao mesmo tempo em que a consequente pulverização das fronteiras comerciais relega os tradicionais papéis do Estado a um posto secundário; para além do mais, os problemas já não são setoriais, mas da humanidade, do globo ou, pelo menos, de regiões transnacionais. Esse é o contexto problemático que reivindica políticas jurídicas que ultrapassem os padrões jusinternacionais tradicionais e que se compaginem com a altitude vital da modernidade tardia. Apresentados os problemas de forma mais minudente ao longo do trabalho, serão descritos os experimentos da Associação de Estados, como a da União Europeia, para se projetar, no âmbito da UNASUL, algumas possibilidades político-jurídicas de priorização dos Direitos Humanos nas relações transnacionais da região.

Para o equacionamento do sistema problemático são levantadas as seguintes hipóteses:

a) os Direitos Humanos podem ser considerados, acompanhando-se a lição de Bobbio, como *direitos históricos*<sup>19</sup>, na medida em que são postulados e reconhecidos nos momentos de mais dramática fricção política.

---

<sup>19</sup> BOBBIO, Norberto. **L'età dei diritti**. 12. ed. Torino: Einaudi, 2011, p. 26.



Tais situações, assim se entende, ocorrem pelo esgotamento dos paradigmas de um tempo histórico, por meio de revoluções (entendidas em amplo sentido).

b) A evolução histórica dos Direitos Humanos deve ser compreendida à luz de um conceito de História que se não compagina com os marcos filosóficos jusnaturalistas, nem com o positivismo jurídico.

c) A ideia de progresso histórico dos Direitos Humanos deve conformar-se à noção de falibilidade, que impõe o dever de adotar-se uma hermenêutica crítica para as perspetivações político-jurídicas.

d) O quadro epistemológico fica melhor definido com a admissão da categoria Geração de Direitos, substantivada pela filosofia de Ortega y Gasset que, por um lado, refere existir uma *altitude vital* no percurso histórico de cada povo, conduzindo ao entendimento de que a evolução nem pode ser perspectivada a partir de um único paradigma cultural (sob pena, *v.g.*, de cometerem-se os equívocos etnocentristas, mormente o de concepção hegemônica de um modelo cultural que, no caso dos Direitos Humanos, implicaria em estabelecer como referencial a visão ocidental) e, por outro lado, admitindo que cada Geração carrega o substrato de tudo o adquirido pela anterior, não implicando, pois, mera sucessão de níveis históricos.

e) O modelo jusinternacionalista da Carta das Nações não arma de instrumentário suficiente as Organizações Internacionais em sua atividade político-jurídica de promover o respeito e incremento dos Direitos Humanos nos Estados da Comunidade Internacional, principalmente pelo fato de abrigar princípios clássicos do Direito Internacional, que rivalizam com o movimento integracionista da modernidade tardia.

f) Os Direitos Humanos podem encontrar nos espaços transnacionais criados pelas associações de Estados condições propícias para controle e aperfeiçoamento.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente Tese e são aqui sintetizados, como segue.

Principia-se, no Capítulo 1, com o estabelecimento dos marcos epistemológicos de História, analisando-se as diversas vertentes explicativas, desde as primeiras noções hauridas do Renascimento, passando-se pela abordagem crítica e pelo vincado positivismo de Hegel e Croce. Uma vez demonstrada a impossibilidade de progresso histórico, tal como preconizado pelo positivismo, adere-se ao programa filosófico de Ortega y Gasset, que compreende a *História como sistema*, modelo explicativo, aliás, que enforma o desenvolvimento dos Direitos Humanos.

O Capítulo 2 procura estabelecer a ideia *radical* dos Direitos Humanos na liberdade, a qual é explicada como fundamento da humanidade. A afirmação é sustentada pela análise etiológica desta propensão humana, desde a antiguidade até o momento em que é ela mais bem delimitada no enfrentamento do poder político. É claro que para uma compreensão mais aprofundada da matéria, tornam-se necessários outros experimentos especulativos, como as abordagens filosófica, antropológico-cultural e jurídico-constitucional.

O Capítulo 3 dedica-se à compreensão da dimensão político-jurídica da universalização dos Direitos Humanos como processo histórico. Já partindo dos pressupostos apresentados inicialmente, e de forma preliminar ao desenvolvimento da dissensão entre relativistas e universalistas, recorre-se à categoria Geração de Direitos, sob a ótica orteguiana de geracionismo, para apresentar as bases de uma teoria da evolução dos Direitos Humanos.

No Capítulo 4 expõe-se o fenômeno da Mundialização dos Direitos Humanos, que tem início em concomitância com o surgimento da Comunidade Internacional, estruturada sob o modelo jusinternacionalista da Carta das Nações. Com a revelação de um Mundo que vai para além das fronteiras europeias, formado, agora, também por Estados descolonizados na onda da

autodeterminação dos povos, que aderiram à Comunidade Internacional e ao sistema de Direito Internacional dos Direitos Humanos, aparecem os contrastes relativamente às pretensões de universalidade desses direitos. Neste particular, discutem-se as concepções universalistas e a contraposição que lhes são feitas pelos que advogam o relativismo cultural, para, em seguida, referir-se a via do consenso sobreposto como estratégia de efetivação dos Direitos Humanos.

No Capítulo 5 procura-se delinear o modelo internacionalista de proteção dos Direitos Humanos, pontuando-se, num primeiro momento, as diferenças entre os modelos clássico e atual; depois, salientando-se os aspectos particulares que denotam a insuficiência de seus mecanismos, principalmente em razão das transformações políticas e econômicas ocorridas ao longo do século XX que apontam, por um lado, para o esgotamento do paradigma atual, por outro, para a necessidade de estruturar-se uma melhor estratégia político-jurídica para a proteção dos Direitos Humanos que esteja em consonância com a circunstância da Globalização e da Transnacionalidade.

O Capítulo 6 trata dos experimentos de superação do modelo jusinternacionalista da Carta das Nações, que se opera, iniludivelmente, por meio da criação de um sistema regional europeu de proteção dos Direitos Humanos – melhor desenvolvido do que o americano e o africano –, cuja Declaração de Direitos cimentará juspoliticamente, juntamente com instrumentos de controle e com uma Carta de Direitos Fundamentais, a União Europeia.

O Capítulo 7 aborda as possibilidades político-jurídicas dos Direitos Humanos no âmbito regional da América do Sul, tendo-se como ponto de partida a institucionalização dos mecanismos integracionistas formalmente concebidos no Tratado de criação da União das Nações do Sul. O programa político-jurídico aí perspectivado baseia-se no anseio de integração e na via da paulatina democratização dos Estados sul-americanos que, no entanto, não são só por si suficientes às concretizações. Por isso, incluem-se sugestões para o aprimoramento da entidade.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentadas propostas político-jurídicas, que são contribuições fundamentadas às comunidades científica e jurídica quanto ao Tema, seguidas de instigações à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a possibilidade de amalgamarem-se no âmbito da UNASUL mecanismos de controle e implementação dos Direitos Humanos.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação, o Método utilizado foi o Indutivo; na fase de Tratamento dos Dados, o Cartesiano; e na presente Tese, é empregada a base indutiva. Foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

Nesta Tese as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus conceitos operacionais são apresentados em glossário inicial. No entanto, dado ao reduzido espaço preambular, muitos dos conceitos foram adensados no próprio texto e em referências em notas de rodapé, nas quais se indica bibliografia autorizada.

## **PARTE I**

### **ABORDAGEM EPISTEMOLÓGICA: O PERSPECTIVISMO HISTÓRICO E O GERACIONISMO DE DIREITOS HUMANOS**

Time present and time past  
 Are both perhaps present in time future  
 And time future contained in time past.  
 If all time is eternally present  
 All time is unredeemable

T. S. Eliot, *Burnt Norton*

## CAPÍTULO 1

### PERSPECTIVISMO HISTÓRICO E RAZÃO VITAL COMO CATEGORIAS JUSTIFICANTES DE UMA EPISTEMOLOGIA DOS DIREITOS HUMANOS

1.1 A razão histórica – ou a consciência da historicidade do homem – como premissa fundante do progresso humano (e a ideia inicial sobre progresso humano)

Há uma indisfarçável pretensão de perenização do homem – especialmente aqui entendido em sua veste de ser social, quando ele se torna *persona*, distanciando-se, portanto, de um *status naturalis* na medida em que forma seu substrato cultural<sup>20</sup> -, na tradição oral dos povos antigos, que parece ultrapassar as fronteiras biológicas da autopreservação. Fatos espetaculares mesclam-se com a mítica e a divinização dos fenômenos<sup>21</sup>, com o que se constroem os símbolos dos grupamentos humanos – como tais, elementos

---

20 Freud entende haver um aspecto eminentemente utilitário nas manifestações culturais: o da possibilidade de domínio das forças naturais que, em outro estágio de desenvolvimento humano, representavam a adversidade e perigo para o homem (FREUD, Sigmund. O mal-estar na civilização. *In O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 50. Título original: **Gesammelte Werke**).

21 De forma mais desenvolvida, CASSIRER, Ernst. **Antropología filosófica**: introducción a una filosofía de la cultura. 24. reimp. Tradução para o espanhol de Eugenio Ímaz. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 254-255. Título original: **Essay of man**.

identitários, que consolidam a estrutura social<sup>22</sup>. A constatação torna-se mais evidente, porém, quando se voltam os olhos para os relatos escritos, que constituem a própria identidade de Nações<sup>23</sup>. Passa-se, então, a saber que os

---

22 Nos tempos mais remotos, o totemismo, como uma forma de representação mítica das concepções do homem sobre seu relacionamento com a natureza, tornou-se a base da organização social. Os vínculos daí resultantes, fortaleciam o grupo contra as adversidades (FREUD, Sigmund. Totem e tabu e outros trabalhos. In **Obras psicológicas completas de Sigmund Freud**: edição *standard* brasileira. V. XIII. Tradução (a partir do inglês) de Órizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago, 2006, p. 109 e ss. Traduzido de: **The standard edition of complete psychological works of Sigmund Freud**). Do ponto de vista antropológico-cultural, Lévi-Strauss, ao tratar das relações entre totemismo e exogamia, refere um aspecto prático insito nesse sistema de povos ditos “primitivos”, o da perpetuação do grupo (LÉVI-STRAUSS, Claude. **La pensée sauvage**. Paris: Agora, 2009, p. 135). Já Barthes, ao abordar o mito como categoria semiológica, refere tratar-se de “um sistema de comunicação, uma mensagem” (BARTHES, Roland. **Mitologias**. 2. ed. Tradução de Rita Buoggermino, Pedro de Souza e Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Difel, 2006, p. 199. Título original: **Mythologies**.), do que se pode inferir, em primeiro lugar, seu caráter social e, em segundo lugar, a pretensão de inscrever-se no sistema da tradição.

23 O termo Nação aqui utilizado ganha entono sociológico-político a partir do século XIX. Mas é, por vezes, confundido com a ideia de população, especialmente quando se o concebe como decorrente de “un groupe d'individus sédentaires et solidaires” (GIQUEL, Jean, HAURIUO André. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. Paris: Éditions Montchrestien, 1985, p. 85). Uma Nação ultrapassa a concepção de grupamento humano, porque traz em si arraigados certos traços distintivos dos demais grupos de pessoas: há, com efeito, elementos identitários materiais ou espirituais que lhes dão corpo (*ibidem, ibidem*). Giquel e Hauriou, contudo, destacam a existência de duas teses fundamentais acerca de Nação: a *objetiva*, que é concepção puramente alemã (estabelecida, principalmente, por Fichte e Treischke), marcada pelo determinismo, de acordo com o que ela resultará de elementos objetivos, a geografia, o idioma, a religião e, também, a raça. Este componente, aliás, virá a adquirir vigor ideológico que produzirá consequências políticas indelévels; a concepção de uma *Nação-raça*, anterior ao III Reich, dá substrato ideológico para as pretensões de superioridade ariana e, conseqüentemente, de domínio (op. cit., p. 86). A outra, a tese *subjetiva*, melhor relacionada com autores franceses, a exemplo de Fustel de Coulanges e Renan, considera que o surgimento de uma Nação exige mais que a compreensão do etnicismo, pois inclui um elemento moral, o *voluntarismo*. Giquel e Hauriou referem a esse respeito que “La conception française est celle du *vouloir vivre collectif*” (op. cit., p. 87); ou seja, para além daqueles elementos antes citados, deve vigorar um *principe spirituel*, uma *grande solidarité* e, ainda, um *plébiscite de tous les jours*, de que falava Renan. Os constitucionalistas franceses referem que eventos históricos, como as guerras, as calamidades, a prosperidade e êxitos comuns, fortalecem esse aspecto moral da Nação; assim como o surgimento de uma comunidade de interesses, principalmente com fins econômicos, resultantes da coabitação num mesmo território; e, por fim, o *sentiment de la parenté spirituelle*, permite que seus integrantes reajam de forma semelhante diante de certos eventos. Em outro de seus trabalhos, Hauriou, evidentemente preso aos limites de uma análise constitucional, faz notar que na antiguidade greco-romana era ainda inexistente a ideia de Nação; Roma, que passou de cidade a império, não era mais que a justaposição de tribos ou conjunto de cidades. Será somente na época moderna que as instituições políticas se assentarão no território onde o grupamento humano é uma *incontestável unidade sociológica* – a Nação (HAURIUO, André. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. Paris: Éditions Montchrestien, 1968, p. 40-41). Mas se, por um lado, a tese francesa conduz à compreensão do Estado fundado nesse componente humano-moral, concebido, portanto, como *Nation-État*, por outro lado, não será incorreta a afirmação de que a Nação é anterior ao Estado e pode, até mesmo, existir sem esse

judeus encarnam o messianismo como linha mestra de sua identidade cultural: como povo eleito, preservará os mandamentos divinos inscritos num pacto, que é, em boa verdade, a expressão não só de sua cosmovisão mas, também, a forma como se vê num ambiente então fortemente afetado pelo tribalismo dos demais povos semíticos; o conjunto de relatos sobre sua ancestralidade, vai, no entanto, para além dos limites deterministas e de uma intenção de conservação da memória, uma vez nele estarem ínsitos objetivos de seu porvir; assim, ao ler-se em Deuteronômio 17:14-15 “Quando fores à terra que o Eterno, teu Deus, te dá, e a herdares e nela habitares, e disseres: 'Porei sobre mim um rei, como o fazem todas as nações que estão ao redor de mim' – certamente poderás pôr sobre ti o rei que o Eterno teu Deus escolher”<sup>24</sup>, ver-se-á um projeto político para constituir um lar nacional, em que, sob um governo, os judeus pudessem autodeterminar-se, inclusive quanto ao caráter de judeidade<sup>25</sup>. Mesmo que a literatura judaica posterior continue a vincar os relatos bíblicos na intervenção divina<sup>26</sup>, há ainda aí a intenção

---

ente político. É também Hauriou quem refere que na experiência constitucional “dans la plupart des pays européens, la formation de la Nation a précédé celle de l'Etat: la Nation allemande, Nation italienne ont été des réalités sociologique évidentes avant de prendre chacune la forme d'un Etat.” (**Droit constitutionnel et institutions politiques**, cit., p. 93). Em alguns casos, essa realidade sociológica foi completamente independente de uma força genetriz do Estado, como a que se pode referir à Nação judaica.

Heller, ao preconizar a teoria da unidade estatal, abandona a tese alemã, ao referir que, v.g., as expressões de raça não são suficientes para dar corpo ao ente político (HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 173. Título original: **Staatslehre**). E até refuta a existência de uma “raça cultural” (*ibidem*, p. 195), passando a falar de povo, como elemento incipiente de uma Nação, que agora agrega em seu conceito “vontade política” (*ibidem*, p. 197). O que, de certa forma, não será abandonado no conceito de Caetano, ao afirmar que Nação apresenta “aspirações de futuro e os mesmos ideais colectivos” (CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. Tomo I. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 123), não se confundindo, contudo, com a ideia de Estado, como destaca Dallari (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005 p. 133).

24 **Bíblia hebraica**. Versão de David Gorodovits e Jairo Fridlin (baseada no hebraico e à luz do Talmud e das fontes judaicas). São Paulo: Sêfer, 2006, p. 197.

25 Sobre o tema, cf. SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. Novos paradigmas político-sociais e a crise de conceitos: há futuro para uma teoria do Estado? In PASOLD, Cesar Luiz (org.). **Primeiros ensaios de teoria do estado e da constituição**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 53-71.

26 Pode citar-se como exemplo disso o conteúdo dos textos da *cabalá*. Em **Zohar** (obra da mística judaica, atribuída por alguns, como o rabino Ariel Bension, a Shimon Ben Yohai, escrita ainda no século II. Os escritos teriam permanecido desconhecidos por mil anos, até que Moisés de León os editasse em 1290, em Espanha. Há quem refira, ainda, que parte dos escritos são do século XIII, oriundos do trabalho de judeus místicos de Espanha) diz-se que as palavras da *Torah* “são apenas a túnica exterior. Cada uma delas contém um significado mais alto do que o que nos é



de imortalizar os aspectos psicológicos e culturais dos judeus – aliás, a mescla de misticismo com moral religiosa será sua própria essência, que tanto tende para um determinismo, como para a procura da autorrealização. Não é diferente com outros povos da antiguidade, aqueles que se tornam o fundamento da cultura ocidental. Os gregos, geralmente associados com a formação da filosofia metafísica e ontológica, conseguem estabelecer em bases pragmáticas uma filosofia política, que não raras vezes se aproxima do empirismo sociológico e da História das instituições políticas, como se constata na **Política**, de Aristóteles<sup>27</sup>, na **República**, de Platão<sup>28</sup> e na **História da guerra do Peloponeso**, de Tucídides<sup>29</sup>.

---

aparente. Cada uma contém um mistério sublime que devemos tentar penetrar com persistência”. E mais adiante, declara-se que “Sob a vestimenta da Torá, que são os Mandamentos, encontra-se a alma, que é o mistério oculto”, numa referência, nitidamente determinista, da ligação dos judeus com o Divino (**Zohar**. O livro do esplendor. Passagens selecionadas pelo rabino Ariel Bension. Introdução e tradução de Rosie Mehoudar. 1. reimp. São Paulo: Polar, 2006, p. 73-74). Também do período medieval, é conhecida a obra de Maimônides, para quem a *Torah*, formulada pelo Criador, é imutável, não se podendo nela acrescentar nem diminuir nada (MAIMÔNIDES. **Comentários da Mishná**. Ética dos pais – Sanhedrin. Tradução de Alice Frank. São Paulo: Maayanot, 1993, p. 123).

27 As observações aristotélicas acerca da sociedade e da política, distanciam o pensador estagirita do idealismo platônico: o eixo central de **Política** é a descrição de aspectos antropológicos, sociológicos e históricos, através dos quais Aristóteles concebe a estrutura e a finalidade da *pólis*. Também é sua preocupação como politólogo a análise histórica de regimes políticos, que classifica em dois grandes grupos segundo um critério moral: os governos bons (monarquia, aristocracia e república) e as formas de governo degeneradas (tirania, oligarquia e democracia). Aqui, como em Platão, existe uma ideia de sucessão cíclica dos governos: os desvios de costumes resultam nas formas degeneradas de governos (cf. ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira (da tradução francesa). São Paulo: Martins Fontes, 2002, Livro III, p. 103 e ss. Título original: **La politique**).

28 Nessa obra, Platão não apenas concebe uma cidade ideal, estruturada como um organismo, com suas divisões e imbricações, como estabelece, a partir da crítica das formas conhecidas, um governo do rei sábio, uma sofocracia, ou, como refere Freitas do Amaral, uma *monarquia sofocrática* (AMARAL, Diogo Freitas do. **História da ideias políticas**. V. I. Coimbra: Almedina, 1998, p. 102). Mas o discípulo de Sócrates entende que as formas de governo se sucedem historicamente, formando ciclos. Então, a *sofocracia* sucumbirá à cupidez e ao egoísmo das pessoas, que se apegarão à propriedade; a classe dos guardas tomará o poder e instalará a *timocracia*. Com o tempo, os guerreiros tornar-se-ão ricos e não tratarão dos interesses da população, de maneira a que se forme uma *oligarquia*. A opressão contra o povo, por sua vez, gerará revoltas e o aparecimento da *democracia*. Mas para além do aspecto racional de seu modelo político, Platão mostra-se arguto observador social, demonstrando que a *pólis* resulta das naturais carências dos homens, a partir do que não será incorreto, do ponto de vista antropológico, referir-se sobre seu caráter de incompletude (cf. PLATÃO. **A república**. 3. ed. Sintra: Publicações Europa-América, s/d, *maxime* Livro II).

29 É bem conhecida *oração fúnebre* proferida por Péricles aos soldados atenienses, durante a guerra do Peloponeso que, no entanto, só chegou ao nosso conhecimento através do relato histórico feito por Tucídides. Não se pode atestar o quão fidedigna é a reprodução do discurso

Há, como facilmente se percebe, uma distinção fundamental entre os relatos dos judeus e os dos gregos, os primeiros prendendo-se a um determinismo e à providência divina, que substantivam seu caminhar histórico, ao mesmo tempo em que, estabelecendo uma autoridade divina, evitam os possíveis equívocos derivados do panteísmo moderno<sup>30</sup>, no qual criação e Criador se confundem emperrando a autonomia; enquanto que os gregos se veem como parte de um *Kosmos*, obedecendo a ciclos naturais, nos quais se sucedem boas e más experiências, o aperfeiçoamento e a degenerescência, sem que o agregado histórico lhes possa propiciar a ideia de progresso<sup>31</sup>. A propósito disso, Aron entende que a noção de História desse período em nada se assemelha com a que surge na modernidade: os antigos, antes de a perceberem como um vetor de progresso humano, escreviam-na segundo a contingência de imperfectibilidade humana e da cosmologia, cujo ordenamento não permitia entrever as possibilidades de mudanças<sup>32</sup>. Embora o filósofo político francês radique uma significação constitutiva da História no cristianismo, quando se passa a justificar o

---

político, ou o quanto é ela contagiada pelas impressões pessoais (ou profissionais) do historiador, mas o fato é que ali Tucídides explana, de maneira comparativa, as formas de governo ateniense e espartana, naturalmente fazendo apologia da democracia grega, da qual era representante Péricles (cf. TUCÍDIDES. **História da guerra do Peloponeso**. 4. ed. Tradução (direta do grego) de Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2001, Livro Segundo, §§ 35-46, p. 108-114). Seu caráter subliminar, no entanto, foi prenhe de êxito: o historiador mostra-nos que àquela altura o governante e líder militar ateniense pretendia manter hegemônica a forma de governo de sua cidade-estado, mostrando as vantagens da democracia em relação à tirania.

30 BELKIN, Samuel. **A filosofia do Talmud**. O caráter sagrado da vida humana na teocracia democrática judaica. Tradução de Beatriz Telles Rudge e Derval Junqueira de Aquino Neto. São Paulo: Êxodus/Sêfer, 2003, p. 9-20. Título original: **In His image: the jewish philosophy of man as expressed in rabbinic tradition**.

31 A filosofia de Platão é exemplo dessa tradição de pensar, e o platonismo de formas não admite a quebra de um sistema cósmico. Sir Popper, ao tratar da teoria platônica das formas, refere que o filósofo “sintetizou sua experiência social, exatamente como o fizera seu predecessor historicista [Heráclito], apresentando uma lei de desenvolvimento histórico. De acordo com essa lei, [...] *toda mudança social é corrupção, ou decadência, ou degeneração*.” Mais adiante, o criador do racionalismo crítico refere que “Essa lei histórica fundamental forma, ao ver de Platão, parte de uma lei cósmica, lei que vigora para todas as coisas criadas ou geradas. Todas as coisas em fluxo, todas as coisas geradas, são destinadas à decadência.” (POPPER, Karl R. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tomo I. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1987, p. 33. Título original: **The open society and its enemies**. Grifos no original).

32 ARON, Raymond. **Introducción a la filosofía política**. Democracia y revolución. Tradução de Radamés Molina e Rolando Sánchez-Mejías. Barcelona: Paidós, 1999, p. 261-262. Título original: **Introduction à la philosophie politique**. Démocratie et révolution.

início de tudo na criação divina, e um divisor de águas com a chegada de Cristo, quem veio para salvar os homens de si mesmos num momento novo, e, ainda um fim, com o retorno de Cristo e a realização do Juízo Final<sup>33</sup>, não há como se negar que os antigos tinham uma pretensão de História: uns, por um lado, recorreram a uma aliança com Deus para fundarem os dogmas de sua religião, que nega um passado de anomia e de caos primevo, ao mesmo tempo que lhes facultou um ordenamento ético que deverá ser observado no palmilhar de sua existência como nação eleita; por outro lado, há os que observaram de maneira mais ou menos pragmática a realidade política vivida em momentos diversos e, apesar de se entenderem presos aos movimentos cíclicos, tinham a noção crítica haurida pela experiência, tanto é assim que vemos em Aristóteles a aguda análise do modelo platônico de *pólis* e suas objeções relativamente ao alto grau de falibilidade de seus pressupostos comunizantes<sup>34</sup>; tudo, ao fim e ao cabo, como forma de indicar certos paradigmas atestados durante as experiências sócio-culturais, seja para confirmá-los, seja para reformulá-los ou, mesmo, refutá-los.

É verdade que se se pensar em termos de modelos categoriais, será percebida uma assimetria entre a Filosofia da História – e, talvez, a própria expressão da *intelligentsia* da fase seminal das culturas que deram origem ao Mundo ocidental – e os fatos históricos, que são, substancialmente, a História que se vai escrevendo no curso dos tempos. É possível dizer, então, que os modelos de pensamento antes referidos, rivalizam, a todas as luzes, com os fatos históricos das culturas judaica e grega. De acordo com isso, será lícito salientar, v.g., que embora os judeus tenham passado por um momento de decadência no início da era comum, que culminou com a diáspora no ano 70 durante a dominação romana, em que os reis se sucediam por meio de guerras fratricidas<sup>35</sup>, houve a estruturação de um sistema político que o historiador Flávio

---

33 ARON, Raymond. **Introducción a la filosofía política**. Democracia y revolución. Tradução de Radamés Molina e Rolando Sánchez-Mejías. Barcelona: Paidós, 1999, p. 262. Título original: **Introduction à la philosophie politique**. Démocratie et révolution.

34 Em a **República**, Platão preconiza o fim da família, na medida em que as mulheres passariam a ser de todos os soldados, e o fim da propriedade privada.

35 JOSEFO, Flavio. **Guerra de los judíos y destrucción del templo y ciudad de Jerusalén**. V. I 9.

Josefo, em sua resposta à Ápio, denominou de *teocracia*<sup>36</sup>, mas com nítidos elementos democráticos e republicanos absolutamente distintos do período de organização tribal: a ideia de igualdade já estava inscrita na jurisprudência do *San'hedrim* (Sinédrio), de forma que nem reis nem sacerdotes tinham privilégios jurídicos; o rei só podia declarar guerra com a autorização do tribunal; e também o monarca deveria observar a Lei, a ela submetendo-se como qualquer cidadão; os julgamentos não podiam ser realizados por juízos monocráticos, mas pelos tribunais, o *San'hedrim Hagadol* (o Grande Sinédrio) e dois outros colegiados com 23 membros; cada cidade com mais de cento e vinte habitantes possuía um pequeno *San'hedrim*, também composto por 23 membros<sup>37</sup>. Uma tal estrutura política e jurídica não surgiu, obviamente, *ex nihilo*, mas foi forjada por meio das circunstâncias, inclusive por causa da porosidade dos corpos sociais: os judeus tiveram contato com vários povos, e puderam absorver experiências: o desenvolvimento do direito talmúdico<sup>38</sup> terá iniciado após período do cativeiro babilônico, quando os judeus passaram a estudar sistematicamente as regras contidas na *Torah*; no período de domínio persa, Artaxerxes permitiu que Esdras, o escriba, nomeasse juízes para a administração da justiça entre os judeus; mas Esdras deveria ensinar-lhes não só a lei de Israel, como, também, a do império

---

ed. Tradução de Juan Martin Cordero. Barcelona: Editorial Iberia, 2001, *passim*. Há ótima tradução para o português: JOSEFO, Flávio. **História dos hebreus** (em 9 volumes). Vol. VII. Tradução do padre Vicente Pedroso. São Paulo: Editora das Américas, s/d.

36 Ao rebater o que considerou como caluniosas as ideias do escritor alexandrino Ápio sobre os judeus, Josefo faz uma ampla abordagem sobre a judeidade, incluindo sua organização social, religiosa e política. No livro II de sua última obra, **Sobre a antiguidade dos judeus**, refere (II, XVI - *As leis de Moisés* -, 165), Josefo: “Nuestro legislador no atendió a ninguna de estas formas de gobierno, sino que dio a luz el estado *teocrático*, como se podría llamar haciendo un poco de violencia a la lengua”, criando um neologismo que passou a ser normalmente referido desde então (JOSEFO, Flávio. **Sobre la antigüedad de los judíos. Autobiografía**. Tradução, introdução e notas de José Ramón Busto Saiz e Victoria Spottorno Díaz-Caro. Madrid: Alianza Editorial, 2006, p. 124).

37 BELKIN, Samuel. **A filosofia do Talmud**. O caráter sagrado da vida humana na teocracia democrática judaica. Tradução de Beatriz Telles Rudge e Derval Junqueira de Aquino Neto. São Paulo: Êxodus/Sêfer, 2003, *maxime* capítulos 3 e 4. Título original: **In His image: the jewish philosophy of man as expressed in rabbinic tradition**.

38 O termo deriva de *Talmud*, que em hebraico significa conhecimento e é, fundamentalmente, um conjunto de interpretações da *Torah* (Pentatêuco). Portanto, o antigo direito hebraico está radicado nas interpretações, de início orais, do Velho Testamento e na jurisprudência.

Persa<sup>39</sup> e, provavelmente, a jurisprudência sofreu influências que a enriqueceram; já em outra fase, o direito neobabilônico, que segundo Falk se estendeu pelo Oriente Próximo no primeiro milênio antes da era comum, deixou seus vestígios no direito hebreu, *v.g.*, no poder dos tribunais de confiscar propriedade e entregá-la a outrem; do direito helênico, há a norma de controlar as cobranças por uma autoridade, evitando embaraços praticados pelo credor em relação ao devedor, na medida em que este só deveria sofrer injunções após notificado<sup>40</sup>. Os gregos, por sua vez, mesmo tendo caminhado para o declínio e completo esfacelamento cultural, puderam moldar diversos sistemas políticos para suas cidades-estados, incluindo o que notabilizou Atenas, que se pode considerar como o momento de apogeu político helênico, que jamais passará despercebido, inclusive pelos teóricos do contratualismo, como Jean-Jacques Rousseau<sup>41</sup>. Mas o modelo de democracia engendrado na cidade-estado de Péricles, que teve suas qualidades por ele exaltadas na oração fúnebre proferida num momento crítico da guerra do Peloponeso, foi o resultado de um longo período de aperfeiçoamento da *politeia*. Atenas conheceu a forma aristocrática de governo, que pouco a pouco passa por transformações a partir do código de Drácon<sup>42</sup>, em fins do século VII antes da era comum; já no século VI antes da era comum, quando a circunstância político-social

39 FALK, Ze'ev W. **O direito talmúdico**. Tradução de Neide Terezinha Moraes Tomei e Esther Handler. São Paulo: Perspectiva, 1988, p. 17.

40 FALK, Ze'ev W. **O direito talmúdico**. Tradução de Neide Terezinha Moraes Tomei e Esther Handler. São Paulo: Perspectiva, 1988, p. 43. O professor da Universidade Hebraica de Jerusalém arremata seu entendimento, afirmando que "O Direito Helenístico deve ter exercido muita influência durante os períodos Ptolomaico e Selúcida, especialmente sobre a classe sacerdotal e a nobreza que teve a oportunidade de se assimilar. Apesar de a revolta dos Hasmoneus ter levado à restauração da tradição e da lei talmúdica, o processo de infiltração grega não cessou. Os idiomas oficiais eram o hebraico e o aramaico, mas o grego aparece nos documentos do Templo, nos nomes dos sábios talmúdicos, na tradução da Septuaginta e na prática legal em Israel, bem como na diáspora. Num vilarejo da região do Mar Morto, que nos deixou um arquivo, encontramos o idioma grego, junto com o hebraico e o aramaico, em documentos particulares do dia-a-dia" (op. cit., p. 44).

41 Não é demais lembrar que Rousseau parte do exame do sistema trológico de governos, integrado pelos modelos democrático, aristocrático e monárquico e, tal como Aristóteles, considera a tendência à degeneração deles (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. 2. ed. rev. da tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, Livro III, p. 91 e ss. Título original: **Du contrat social: principes du droit politique**).

42 Com essa constituição, os cidadãos atenienses têm a primeira experiência de direito comum, que põe termo à prática de vingança de sangue (MOSSÉ, Claude. **Atenas: a história de uma democracia**. 3. ed. Tradução de João Batista da Costa. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 13. Título original: **Histoire d'une démocratie: Athènes**).

era de ruptura devido ao endividamento dos camponeses, Sólon evita a instalação da tirania, inclusive com a criação de um conselho integrado por 400 cidadãos; no período de Clístenes, cria-se a *Boulé*, conselho formado por 500 cidadãos, que tem atribuições de legislar; e no século V antes da era comum, institui-se o *ostracismo*, que nada mais era que o exílio do magistrado que propendesse à instauração de uma tirania<sup>43</sup>. Este quadro discrepa, inapelavelmente, do modo como Aristóteles descreveu as constituições gregas, e não por outro motivo Goyard-Fabre refere existir “uma brecha entre a política tateante e realista dos governos e a reflexão política que se desenvolve segundo uma perspectiva idealista”<sup>44</sup>.

A distância que existe entre os modelos de pensamento da antiguidade (refratários à perspetivação do progresso humano), evidentemente distintos daquilo que na modernidade se passou a considerar como ciência da História (quando a História, sofrendo os influxos do positivismo, foi alçada a uma posição de proeminência entre os *studia humanitatis*, justificando não só o acúmulo de conhecimento, mas aquilo que se entende por progresso da humanidade<sup>45</sup>), e a experiência histórica<sup>46</sup>, impõe uma dificuldade epistemológica. A preocupação,

---

43 Trata-se de um mecanismo de controle de poder, segundo o qual os cidadãos votavam sobre um *ostrokophoria*, que culminava com o exílio por 10 anos (MOSSÉ, Claude. **Atenas: a história de uma democracia**. 3. ed. Tradução de João Batista da Costa. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 23. Título original: **Histoire d'une démocratie: Athènes**).

44 GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 21. Título original: **Qu'est-ce la démocratie? La généalogie philosophique d'une grande aventure humaine**.

45 Aron localiza no século XVIII um novo perspectivizar da história, que aparece como um vetor dirigindo progresso tanto cultural como de sabedoria dos homens. “La idea fundamental – diz o filósofo francês – es que el progreso en el conocimiento comporta un progreso en el poder sobre la naturaleza, y que el progreso en el saber y en el poder culminará, en un lejano porvenir, con la realización de una sociedad fuerte y sabia.” Mas atenção: as filosofias da história dialéticas, que surgiram no século passado, “son una combinación de elementos de filosofía del progreso y de filosofía cristiana. La idea es que el devenir dirigido a un fin absolutamente válido [...] no es comparable a una marcha progresiva, siempre en el mismo sentido. No hay acumulación constante de mejoras; pero sí de contradicciones y catástrofes.” (ARON, Raymond. **Introducción a la filosofía política**. Democracia y revolución. Tradução de Radamés Molina e Rolando Sánchez-Mejías. Barcelona: Paidós, 1999, p. 263. Título original: **Introduction à la philosophie politique**. Démocratie et révolution). Por outras palavras, esta forma de pensar a história não desconsidera a condição de perfectibilidade do homem, uma vez que, pelo acúmulo de experiências – em sua totalidade de circunstâncias, inclusive as que representam desvios em relação a um projeto de melhora – há sempre um perspectivizar do devir.

46 Por enquanto, entendida no seu sentido mais elementar, como acúmulo de conhecimento ao

compartilhada por diversos estágios e vertentes do pensamento, desde o idealismo alemão ao positivismo, passando, ainda, pela ontologia, e que se não pode dizer de menor importância nos dias atuais, refere-se à própria definição de História e suas áreas de repercussão, incluindo a que afeta diretamente a compreensão dos direitos fundamentais<sup>47</sup>.

Uma primeira chegada para a dissolução do problema, no entanto, está em aceitar-se como possível aquilo que aqui é denominado de razão histórica. Não num sentido reducionista e, *tout court*, acrítico, como é proposto por Croce, que dá uma dimensão totalizante ao conhecimento histórico, chegando a referir que “todo juicio es juicio histórico, o historia sin más”<sup>48</sup>; mas arrancando – aqui num esforço de analogia com a teoria biológica de Maturana e Varela – da compreensão de que o homem naturalmente assimila aspectos de sua experiência como ser social, que se inserem na *traditio* sócio-cultural, por reprodução, ao longo dos tempos, ganhando, contudo, traços variantes, que poderão determinar o aparecimento de novas estruturas (culturais, políticas, jurídicas, econômicas), as quais serão denominadas de *fenômenos históricos*<sup>49</sup>.

---

longo dos tempos, possibilitando o aperfeiçoamento humano.

47 Por ora será utilizado este termo, que não se confunde com a definição de Direitos Humanos. A este propósito, Pérez Luño refere que “El término «derechos fundamentales», *droits fondamentaux*, aparece en Francia hacia 1770 en el movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.”, portanto, com uma propensão histórica de sedimentar-se nas cartas políticas de direitos e nas Constituições modernas. E arremata: “De ahí que gran parte de la doctrina entienda que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivizados en las constituciones estatales. Es más, para algún autor los derechos fundamentales serían aquellos principios que resumen la concepción del mundo (*Weltanschauung*) y que informan la ideología política de cada ordenamiento jurídico.” (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 32-33).

48 CROCE, Benedetto. **La historia como hazaña de la libertad**. 2. reimp. Tradução de Enrique Díez Canedo. México (D.F.): Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 23. Título original: **La storia come pensiero e come azione**.

49 Para esses biólogos chilenos, todos temos uma história: descendemos por reprodução, “não apenas de nossos antepassados humanos, mas também de ancestrais muito diferentes”; para além do que, como organismos, “somos seres multicelulares e todas as células são descendentes – por reprodução – da célula particular que se formou quando um óvulo se uniu com um espermatozóide e nos deu origem”, de forma que a reprodução se insere em nossa história (MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. 8. ed. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Atena, 2010, p. 66. Título original: **El árbol del conocimiento**). Desenvolvendo

É claro que nessa linha de raciocínio não se procura um feito produzido *ex nihilo*, o que se pode considerar primeiro e original, como os feitos descritos em *Bereshit*<sup>50</sup>: antes, entram nas possibilidades de investigação apenas aqueles fatos sobre os quais se podem estabelecer traços etiológicos, que nem sempre, contudo, são extraídos dos relatos da História, e nem mesmo podem sujeitar-se a um rigoroso enquadramento taxonômico das escolas ou períodos históricos estabelecidos pelos estudiosos: há, em realidade, como se demonstrou acima, um espesso substrato de acontecimentos na vida cultural de cada povo, cujos aspectos mais gerais (ou generalizáveis) não se inscrevem nos compêndios da História universal; mas são, longe de qualquer dúvida, a própria força geratriz dos acontecimentos culturais que, ao longo dos tempos, formarão a crosta histórica dos povos.

O filósofo espanhol Miguel de Unamuno, um dos proeminentes nomes da *generación del 98*<sup>51</sup>, distanciando-se do exagerado vezo

---

sua teoria para um âmbito de maior dimensão, os autores referem que a compreensão da reprodução a partir de uma dinâmica autopoiética se torna complicada, especialmente em razão das diversas formas de reprodução possíveis. A esse respeito, passam, então, a categorizar os modos de gerar unidades: a *réplica*, é verificável quando um há um mecanismo que gera “repetidamente unidades da mesma classe” (*op. cit.*, p. 69). Esta operação produz unidades independentes da matriz, que são portanto, “historicamente independentes umas das outras” (*op. cit.*, p. 71); motivo por que se considera inexistir um sistema histórico organizando as unidades produzidas por réplica. Através da *cópia*, de uma unidade-modelo se produzem outras que lhe são em tudo idênticas; claro que, também neste caso, a reproduções são independentes e não formam um sistema histórico. Mas se as demais cópias partirem não do modelo, mas de uma cópia, haverá progressivas transformações, estabelecendo, portanto, uma sucessão histórica (*op. cit.* p. 71-72). Já a *reprodução* caracteriza-se pela fratura que a unidade sofre, disso resultando duas unidades da mesma classe. “As unidades que resultam dessas fraturas não são idênticas à original nem entre si, mas pertencem à mesma classe da original, isto é, têm a mesma organização que ela” (*op. cit.*, p. 72-73). Consideram que o fenômeno é frequente na natureza, podendo-se encontrar sistemas dessa classe, *v.g.*, em pessoas e em direitos humanos (*op. cit.*, p. 74).

50 Parece que tanto o vocábulo hebraico ברשית, que significa *no princípio*, como seu correlato grego, *Gênesis*, têm a mesma aplicação semântica e indicam a *Criação*. Contudo, *Bereshit* é o vocábulo original e primeiro de toda a tradição do tronco judaico-cristão da cultura ocidental, que também se pode dizer, aqui para este fim, bíblica.

51 Trata-se do movimento da intelectualidade espanhola surgido como reação à separação de Cuba e das Filipinas do Império no ano de 1898, que abalou não apenas sua economia, mas o moral do povo. Sua expressão é política e filosófica, mas acaba refletindo-se na literatura. No caso de Unamuno, tem-se um pensador, ensaísta, poeta e dramaturgo que, também, faz seus experimentos sociológicos e históricos, visando escrutinar o problema do caráter espanhol. Sobre o tema, cf. SHAW, Donald. **La generación del 98**. 7. ed. ampl. Tradução ao espanhol de



do positivismo em voga no seu tempo – e que contagiou uma variegada constelação de pensadores, a exemplo do já citado Croce –, elabora uma bem plausível teoria da *intra-história* que parece, por ora, dar sentido à razão histórica. Para aí chegar, o autor de **En torno al casticismo** refere que, numa dimensão diversa da dos modelos fechados elaborados pelas escolas e teorias históricas, não se pode desconsiderar o sedimento formado por “verdades eternas da eterna essência”, que formam o necessário substrato para o progresso (humano)<sup>52</sup>. É o ponto de onde arranca a afirmação de que tudo o histórico, que desemboca no propalado lugar comum do “presente momento histórico”, nada mais é que o fenômeno de uma “tradição eterna”; e a tradição é a própria substância do que se torna História<sup>53</sup>. Mas aqui o filósofo *generacionista* frisa que os momentos históricos, ao menos aqueles que se tornam conhecidos e estudados como tais, recobrem o sedimento dos acontecimentos, ao qual se pode denominar de *intra-história*: com efeito, o que é registrado em livros e estudos como ondas da História, não é mais do que a parte visível de toda a agitação da vida social que ocorre nas

---

Carmen Hierro. Madrid: Ediciones Cátedra, 1997. Título original: **The generation of 1898 in Spain**; Newton Sabbá Guimarães, no prefácio a COSTA, Joaquín. **A ignorância do direito**. Tradução notas e apresentação de Isaac Sabbá Guimarães. Curitiba: Juruá, 2008. Título original: **La ignorancia Del Derecho**. Há uma ótima introdução escrita por E. Inman Fox ao pensamento de Ganivet e Unamuno em GANIVET, Ángel. **Idearium español. El porvenir de España**. Madrid: Editorial Espasa Calpe, 1999.

52 Vale transcrevê-lo: “Es fácil que el lector tenga olvidado de puro sabido que, mientras pasan sistemas, escuelas y teorías, va formándose el sedimento de las verdades eternas de la eterna esencia; que los ríos que van a perderse en el mar arrastran detritus de las montañas y forman con él terrenos de aluvión; que a las veces una crecida barre la capa externa y la corriente se enturbia; pero que, sedimentado el limo, se enriquece el campo. Sobre el suelo compacto y firme de la esencia y el arte eternos corre el río del progreso que le fecunda y acrecienta.” (UNAMUNO, Miguel de. **En torno al casticismo**. Madrid: Alianza Editorial, 2008, p. 41). Convém advertir o leitor sobre o estilo unamuniano que, diferentemente de outros escritos filosóficos, como os dos lógicos, os da filosofia da linguagem ou de um gigante como Kant, é entremeado não apenas por metáforas, mas por tons poéticos. O próprio Unamuno, ao referir que “a filosofia se aproxima mais da poesia que da ciência”, dá a entender que, ao tratar da ontologia, o filósofo é homem integral, de razão e sentimentos (UNAMUNO, Miguel de. **Do sentimento trágico da vida**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 2. Título original: **Del sentimiento trágico de la vida**). É o que confirma mais adiante, ao escrever: “a filosofia, como a poesia, ou é obra de integração, de amálgama, ou não é mais que filosofismo, erudição pseudofilosófica.” (*op. cit.*, p. 15).

53 UNAMUNO, Miguel de. **En torno al casticismo**. Madrid: Alianza Editorial, 2008, p. 41. Assim Unamuno desenvolve seu raciocínio: “al hablar de un momento presente *histórico* se dice que hay otro que no lo es, y así es en verdad. Pero si hay un presente *histórico*, es por haber una tradición del presente, porque la tradición es la sustancia de la Historia.”

profundezas recônditas da sociedade, tal com se fossem as ondas do mar que, brilhando sob sol, impedem seja ele percebido em toda sua imensidão<sup>54</sup>. Mas o que forma essa realidade intra-histórica que se antepõe à própria História, ou melhor, que lhe dá substância pela força da tradição?

Para responder a esse problema, Unamuno refere, antes de mais, que para além daqueles que fazem *agitação na História* – ou seja, aqueles que têm seus feitos registrados em livros, tornando-se, por isso mesmo, partes da História –, há uma *imensa Humanidade silenciosa* – que são todos os que, embora obscuros, formam a *substância do progresso, a verdadeira tradição*<sup>55</sup>. É aqui que se encontra o que Unamuno denomina de *vida intra-histórica*, mas que, visando estabelecer aproximações à definição de razão histórica, passa a ser denominado de *realidade intra-histórica*. Melhor explicando: quando se pensa numa nova etapa da História, aquela que advém de um fenómeno que demarca dois momentos situacionais distintos, como, no caso de Espanha, o da *Restauração de 1875*<sup>56</sup>, não se pode pensar que foi este o fato de retomada da História, de uma nova etapa da História espanhola: isso só se tornou possível porque milhões de homens continuaram a fazer o mesmo que antes, “aquellos millones para los cuales fue el mismo sol después que el de antes del 29 de septiembre de 1868, las mismas sus labores, los mismos sus cantares con que seguieron el surco de la arada.”<sup>57</sup>

Assim, cada etapa histórica originada da fratura ocorrente

---

54 UNAMUNO, Miguel de. **En torno al casticismo**. Madrid: Alianza Editorial, 2008, p. 41-42. Não deixa de ser importante lê-lo: “Las olas de la Historia, con su rumor y espuma que reverbera al sol, ruedan sobre un mar continuo, hondo, inmensamente más hondo que la capa que ondula sobre un mar silencioso y a cuyo último fondo nunca llega el sol. Todo lo que cuentan a diario los periódicos, la historia toda del «presente momento histórico», no es sino la superficie del mar, una superficie que se hiela y cristaliza en los libros y registros [...]. Los periódicos nada dicen de la vida silenciosa de los millones de hombres sin historia que a todas horas del día y en todos países del globo se levantan a una orden del sol y van a sus campos a proseguir la oscura y silenciosa labor cotidiana y eterna, esa labor que como la de las madrepérolas suboceánicas echa las bases sobre que se alzan los islotes de la Historia.”

55 UNAMUNO, Miguel de. **En torno al casticismo**. Madrid: Alianza Editorial, 2008, p. 42.

56 UNAMUNO, Miguel de. **En torno al casticismo**. Madrid: Alianza Editorial, 2008, p. 42. O filósofo refere-se ao regime político que tem em Antonio Cánovas del Castillo seu principal precursor, por isso mesmo podendo-se falar no sistema canovista, cimentado pela Constituição de 1876.

57 UNAMUNO, Miguel de. **En torno al casticismo**. Madrid: Alianza Editorial, 2008, p. 42.

num momento crítico, v.g., de uma revolução, é realidade alicerçada pela tradição, só verificável na *vida intra-histórica*; que, por tratar-se de fato atestável – porque, com efeito, é possível sondá-la empiricamente através das ciências sociais –, não será desarrazoado nominá-la de *realidade intra-histórica*<sup>58</sup>. Como já se percebe, é possível imaginar essa *realidade intra-histórica* funcionando como uma grande engrenagem, de movimento lento que, no entanto, causa a impressão de rápida rotação na engrenagem da roda menor, a dos feitos históricos; se é assim que a humanidade caminha, então também se pode concluir, preliminarmente, que não são os feitos irrompidos *ex abrupto* por homens que fazem *agitação na História* – os que são perenizados nos livros de História – que geram movimento da humanidade, mas esta que pavimenta os rumos para o traspasse das situações críticas, para a ruptura de um *status quo*.

A dimensão *intra-histórica*, no entanto, fulcrada na tradição de milhões de homens de existência silenciosa, não pode ser entendida como um mecanismo autômato, sem vontade própria, apenas obediente ao que lhe dita o passado consolidado na consciência. E nem parece ter sido esse o pensamento de Unamuno no livro **En torno al casticismo**, em o qual o filósofo detecta os problemas de Espanha na consciência do país, para, após, traçar uma solução europeísta, que exigiria, inegavelmente, a abertura cultural dos espanhóis para outras experiências histórico-culturais. Nem, por outro lado, é inteiramente aceitável que a *realidade intra-histórica* seja apenas o espesso sedimento da História: cada evento percutido na linha do tempo causando uma fratura no *status quo*, por assim dizer, evento histórico, será amplamente absorvido após o revolver dos fatos, gerando o que aqui se denomina de *consciência histórica*, e da própria *historicidade* da existência. Ou, por outras palavras, a humanidade cumulará experiência numa tendência de perfectibilidade.

Neste quadro conceptual das duas dimensões, a da História e

---

58 Realidade que aqui não pode ser confundida com o conceito cartesiano sobre o problema correlato, que é o da existência, radicado na formulação do *cogito*; mas, simplesmente, como fenómeno de auto-evidência, passível de atestação por métodos empíricos.

a da *realidade intra-histórica*, será, em suma, possível afirmar ocorrente o efeito de *recíproca reflexibilidade*, de maneira que a *realidade intra-histórica* alicerçará os feitos históricos, enquanto que estes percutirão na *consciência histórica* e da própria *historicidade* do homem. Mas isto torna lícito concluir que a *consciência histórica* tenderá, irremediavelmente, para o progresso humano, ou, melhor, para o aperfeiçoamento incontestável do homem? De outra forma: o reconhecimento do caráter de *historicidade* do homem e da própria *consciência histórica* implicará identificar, *tout court*, que cada *hic et nunc* histórico é resultado de todo o acúmulo de experiências, projetando-se como um vetor de progresso humano?

O problema que ora se apresenta, exige que, antes de se avançar para a demonstração do patrimônio agregado na *consciência histórica*, se estabeleçam as bases conceituais de História.

## 1.2 Em busca da definição de ciência da História e sua importância

### 1.2.1 O cristianismo e a História como “significação constitutiva”<sup>59</sup>

Se o eixo central do pensamento da antiguidade está alicerçado no determinismo de origem divina ou na cosmologia, a *intelligentsia* da Alta Idade Média será marcada pelo *lógos* da falibilidade e do ceticismo. Agora os fatos não são ditados exclusivamente pela providência divina, mas, também, pelos desacertos do homem, o ser que traz a insígnia do pecado original e tende, inexoravelmente, para o cometimento de pecados à medida em que se distancia dos bons preceitos<sup>60</sup>. Em vez de os deuses e semideuses habitarem o Mundo do

---

59 A expressão deve-se a ARON, Raymond. **Introducción a la filosofía política**. Democracia y revolución. Tradução de Radamés Molina e Rolando Sánchez-Mejías. Barcelona: Paidós, 1999, p. 262. Título original: **Introduction à la philosophie politique**. Démocratie et révolution.

60 A ideia de *bonum* aqui inscrita tem conotação não com a filosofia dos valores, a axiologia, mas com a metafísica medieval, segundo a qual a categoria se relacionará com a moralidade. Mais propriamente, agora seguindo os passos de Tomás de Aquino, o *bonum* irá encontrar correspondência em Deus. O homem, pela ótica tomista, é ser perfectível e, por isso, tenderá para o bem, em Deus. “Ser bom convém principalmente a Deus. Com efeito, alguma coisa é boa na medida em que é atrativa. Ora todas as coisas tendem para sua perfeição. A perfeição, e também a forma do efeito, é uma semelhança de seu agente, pois todo agente produz algo

homem, mantendo com ele o comércio de relações de todas as espécies, descendo, pois, ao nível da mundanidade, nos alvares do cristianismo surgirão duas dimensões intangíveis na organização do universo, o da cidade terrena ou a *Civitas Diaboli*, governada pelo homem, este ser falho que propende para a satisfação dos seus prazeres, e a cidade divina ou a *Civitas Dei*, em a qual os homens estão em um nível de elevado gozo espiritual. Esta nova arquitetura do universo idealizada por S. Agostinho e que, a bem da verdade, reflete o momento de verdadeira guerra religiosa nos primeiros tempos do catolicismo, por um lado contra o paganismo romano, objeto, aliás, da obra maior do bispo de Hipona, **De Civitate Dei**<sup>61</sup>, por outro lado, entre os seguidores das seitas cristãs<sup>62</sup>, tem implicações no pensamento não apenas circunscritas ao ambiente cristão, mas na própria *Weltanschauung* medieval.

Agostinho, quem na mocidade sente simpatia pela doutrina maniqueísta, inclusive tendo sido por nove anos Ouvinte das reuniões da seita<sup>63</sup>, mostra-se influenciado por seus dogmas fundamentais na obra madura. Com efeito, o projeto de **A Cidade de Deus**, à parte de seu aspecto monumental e do estilo sedutor, é simples e reducionista: a Cidade Terrena é dominada pela paixão, pelo desejo sexual e pela cupidez, nela havendo, pois, a propensão para o pecado,

---

semelhante a si. Assim, o próprio agente é atrativo e tem razão de bem. Pois é para isso que tende: para participar de sua semelhança. Sendo Deus a causa eficiente primeira de tudo, cabe-lhe evidentemente a razão de bem e de ser atrativo" (TOMÁS DE AQUINO, São. **Suma teológica**. Vol. I. Tradução de Aldo Vannucchi *et alii*. São Paulo: Loyola, 2001, l. q. 6, a. 4, p. 204-205. Título original: **Summa Theologica**). Bons preceitos, portanto, serão aqueles tendentes à busca de Deus.

61 Há uma ótima tradução da obra para o português: AGOSTINHO, Santo. **A cidade de Deus**. 3 vols. 2. ed. Tradução, prefácio, nota biográfica e transcrições de J. Dias Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. Título original: **De Civitate Dei**.

62 Brown oferece um retrato pormenorizado daquela situação, mencionando, *v.g.*, que em fins do século IV os casamentos mistos entre os filhos varões dos padres e os não-católicos foram proibidos e, também, os clérigos foram impedidos de fazer doações ou de deixar herança para os não correligionários (BROWN, Peter. **Santo Agostinho**: uma biografia. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 282. Título original: **Augustine of Hippo**). As adversidades, no entanto, não se resumiram às hostilidades, pois que os integrantes das duas principais igrejas do cristianismo, a dos donatistas e a dos católicos, entravam em confronto (*op. cit.*, p. 283) ; houve tumultos entre cristãos e agentes do império, inclusive com mortes e violência praticada por católicos contra os que professavam religiões ditas pagãs ( *op. cit.*, p. 283-284).

63 BROWN, Peter. **Santo Agostinho**: uma biografia. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 57. Título original: **Augustine of Hippo**.

enquanto que na Cidade Celeste há justiça e paz; mas a paz e a concórdia da Cidade de Deus não são mais que uma miragem, uma aspiração, *tout court*, irrealizável no plano terreno, para o qual Agostinho não vê outra solução senão a de adotar-se um regime de governo duro, inclusive repressivo. Ao homem caberá, apenas, obedecer e enquadrar-se dentro de um esquema orgânico e sem espaço para mobilidades; daí que preconize uma situação de paz alcançável através do mando e da obediência: “a paz da cidade é a concórdia ordenada dos cidadãos no mando e na obediência”<sup>64</sup>. Dentro desse modelo de cidade, não se verificarão rupturas, crises ou revoluções, restando a impressão de tratar-se de uma comunidade sem perspectivas de progresso humano ou material. Vê-se nessa linha de pensamento um arraigado pessimismo com relação ao homem, que conduz Agostinho para a descrença no progresso histórico<sup>65</sup>.

Numa época de desconstrução de paradigmas, quando o império romano ruía diante das invasões bárbaras e da ascensão do cristianismo, e a igreja fundamentava-se na austeridade, a todas as luzes contrária às manifestações pagãs, era natural que o novo momento fosse marcado por uma postura não apenas cautelosa, mas reticente em relação ao porvir. Agostinho é o pensador que representará este estágio de coisas, sustentando posições mais que cautelosas, mas de ceticismo em relação à possibilidade de progresso humano.

---

64 Ao tratar da paz universal, o pensamento agostiniano reflete a filosofia grega, como na seguinte passagem:

“A paz do corpo é a composição ordenada das suas partes;  
a paz da alma irracional é a tranquilidade ordenada dos seus apetites;  
a paz da alma racional é o consenso ordenado da cognição e da acção;  
a paz do corpo e da alma é a vida e a saúde ordenadas do ser animado;  
a paz do homem mortal com Deus é a obediência ordenada na fé sob a eterna lei;  
a paz dos homens é a concórdia ordenada;  
a paz da casa é a ordenada concórdia dos seus habitantes no mando e na obediência;  
a paz da cidade é a concórdia ordenada dos cidadãos no mando e na obediência;  
a paz da Cidade Celeste é a comunidade absolutamente ordenada e absolutamente harmoniosa no gozo de Deus, no gozo mútuo em Deus;

a paz de todas as coisas é a tranquilidade da ordem. A ordem é a disposição dos seres iguais e desiguais que distribui a cada um os seus lugares.” (AGOSTINHO, Santo. **A Cidade de Deus**. Vol. III. 2. ed. Tradução, prefácio, nota biográfica e transcrições de J. Dias Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 1915. Título original: **De Civitate Dei**).

65 AMARAL, Diogo Freitas do. **História das ideias políticas**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1998, p. 158-159.

Inclusive quando passa a meditar sobre a dimensão do tempo, fazendo parecer que o pretérito não percute diretamente no presente; e que essa dimensão diz respeito unicamente a Deus. “Precedes, porém, todo o passado com a sublimidade de tua eternidade sempre presente, e dominas todo o futuro porque é ainda futuro, e, quando vier, tornar-se-á passado”<sup>66</sup>, de maneira que aí o tempo deixa de ser condição de historicidade do homem para ser atributo exclusivo de Deus. Agostinho vai mais longe ao meditar sobre a extensão do passado, do presente e do futuro, recorrendo à dúvida sobre a existência das três dimensões dada a fragmentariedade do tempo: qualquer medida que se utilize para demarcar períodos, força a entender que o tempo presente se esgota tão logo ultrapassado o marco estabelecido; da mesma forma que o futuro se torna presente através de idêntica operação lógica. Ora, se a dimensão do tempo se resume a compreendê-lo fragmentariamente, então cada período será estanque e incomunicável com o subsequente, e os relatos que se fizerem acerca dos fatos ocorridos anteriormente, não passarão de representações arrancadas da memória, de imagens impressas no espírito<sup>67</sup>. Em razão disso, o filósofo entende possível falar-se do presente dos fatos passados, do presente dos fatos presentes e do presente dos fatos futuros<sup>68</sup>, esclarecendo que “O presente do passado é a memória. O presente do presente é a visão. O presente do futuro é a espera.”<sup>69</sup>, como se não houvesse, nos modos de tratar os fatos, um *leitmotiv* percorrendo os tempos, um perpassar de circunstâncias a darem coerência e explicação a cada *hic et nunc* do homem, nem uma expectativa sobre o porvir.

O pensamento de Agostinho assim debuxado, permite introduzi-lo no quadro categorial antes mencionado, segundo o qual já se poderá

---

66 AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. Tradução de Maria Luiza Jardim Amarante. São Paulo: Paulus, 1997, p. 341-342 (Livro XI, 15). Título original: **Confessiones**.

67 AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. Tradução de Maria Luiza Jardim Amarante. São Paulo: Paulus, 1997, p. 347 (Livro XI, 18). Título original: **Confessiones**.

68 AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. Tradução de Maria Luiza Jardim Amarante. São Paulo: Paulus, 1997, p. 348-349 (Livro XI, 20). Título original: **Confessiones**.

69 AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. Tradução de Maria Luiza Jardim Amarante. São Paulo: Paulus, 1997, p. 349 (Livro XI, 20). Título original: **Confessiones**. Confirma esta premissa mais adiante, ao referir: “É em ti, meu espírito, que eu meço o tempo”, ou seja, o homem se dá conta do tempo passado ao evocar a memória, e estará diante do futuro ao esperar.

depreender que, com o cristianismo, a história apresenta uma “significação constitutiva”, na medida em que se estabelece um início de tudo em Deus, e uma destinação especial do homem para a procura do bem. No entanto, ainda no período da alta Idade Média, o ceticismo em relação ao homem é predominante, o que impede uma sua perspectivação como ser vocacionado para o aperfeiçoamento; a moral religiosa impõe-se como condição para a procura, tão só, de mitigação do caráter pecaminoso; e o fato de não se conceber um fio condutor entre as circunstâncias históricas dos diversos tempos, impede que se perceba o progresso histórico. Então, a noção de História não guarda qualquer correspondência com a que surgirá posteriormente, com o Renascimento, quando se opera uma grande viragem nos paradigmas da intelectualidade e, através delas, na própria mundividência.

### 1.2.2 O Renascimento e o antropocentrismo: as bases para uma melhor definição de História

Já bem antes do *Quattrocento* italiano, ocorriam mudanças no pensamento do medievo tardio, que preparavam o surgimento do humanismo, representando uma abertura para a nova época. As universidades que aparecem no século XIII são, em parte, responsáveis pela quebra de paradigmas, demarcando o *locus* em o qual o conhecimento é produzido; isso porque, é dentro dos muros das universidades que se verifica o deslocamento de interesse, e os mestres procurarão outras fontes para a formação do conhecimento, sendo exemplares disso as diferenças verificáveis entre dois coetâneos da igreja, S. Boaventura e S. Tomás de Aquino, aquele pertencente a uma linhagem dos espirituais, enquanto que o aquinatense se enveredará pela metafísica, aderindo à linhagem dos intelectuais, inclusive passando a fazer parte da universidade<sup>70</sup>; e

---

70 NICOLAS, Marie-Joseph. Introdução à Suma Teológica. In TOMÁS DE AQUINO, São. **Suma teológica**. Vol. I. Tradução de Aldo Vannucchi *et alii*. São Paulo: Loyola, 2001, p. 26. Título original: **Summa Theologica**.



quando, em março de 1256, recebe a *licentia docendi* que lhe permite dar aulas na Universidade de Paris, Tomás coloca em debate temas até então pouco adequados aos homens da igreja<sup>71</sup>, mais inclinados à vida contemplativa e presa a dogmas. As aulas do *Doctor Angelicus*, para as quais acorrem alunos de todas as partes, não descuram de um retorno ao classicismo com a redescoberta de Aristóteles, nem de estoicos, como Cícero, nem dos grandes nomes da patrística, como Ambrósio e Agostinho; e nem há pudores ao consultar um pensador muçulmano, Averróis, além de nomes da filosofia judaica, como Maimônides. Uma tal circunstância é já favorável à procura de um novo sentido para o homem, que cada vez mais será pensado no plano do individualismo e da autonomia, por isso mais cômico de seu valor.

Esse aspecto já será bem mais evidente na Itália do Renascimento, quando o véu feito de “fé, de prevenção infantil e de ilusão” que recobria a visão do homem medieval sobre o Mundo e a História, permitindo-lhe apenas sua localização como membro da raça, do povo, do partido, da corporação, e da família, é desfeito<sup>72</sup>. O homem torna-se, mais do que em qualquer outra época anterior, *persona*<sup>73</sup> em suas relações com o Estado e com os outros, porque já tem maior consciência de si, de seus valores, e, também, porque assumindo uma

---

71 Nicolas dá a entender existir um distanciamento entre a gente da igreja e a universidade quando refere que “Os mestres seculares não admitiam que os religiosos ingressassem na Universidade, recebessem o título de mestre e uma cátedra para trabalhar” (NICOLAS, Marie-Joseph. Introdução à Suma Teológica. In TOMÁS DE AQUINO, São. **Suma teológica**. Vol. I. Tradução de Aldo Vannucchi *et alii*. São Paulo: Loyola, 2001, p. 25. Título original: **Summa Theologica**).

72 BURCKHARDT, Jacob. **A cultura do renascimento na Itália**: um ensaio. Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 145. Título original: **Die Kultur der Renaissance in Italien**: ein Versuch.

73 O termo é aqui empregue no sentido tomista, que ultrapassa a posição monista de Agostinho, para quem *persona* é substância. Tomás de Aquino vê maior significado no termo, que tanto pode ser *substância*, quanto *relação*, quer dizer, relação do homem com o mundo. Leiamos-no: “é verdade que o termo *pessoa* significa diretamente a relação, e indiretamente a essência; entretanto, a relação não enquanto relação, mas enquanto significada à maneira de hipóstase. - E assim também a pessoa significa diretamente essência, e indiretamente a relação, na medida em que a essência é idêntica à hipóstase, pois a hipóstase em Deus é significada como distinta pela relação. Portanto a relação, significada à maneira de relação, entra de forma indireta na razão de pessoa.” (TOMÁS DE AQUINO, São. **Suma teológica**. Vol. I. Tradução de Aldo Vannucchi *et alii*. São Paulo: Loyola, 2001, p. 532-533, I, q. 29, a. 4. Título original: **Summa Theologica**).

especial dignidade, passa a almejar o progresso<sup>74</sup>. Por um lado, ergue-se em sua plenitude, no dizer de Burckhardt, o *subjetivo* como manifestação do ser individual: “o homem torna-se um *indivíduo* espiritual e se reconhece como tal”<sup>75</sup>; contingência justificável porque em Itália o exercício da política punha em cena diversos intervenientes e interesses a todas as luzes mais conformes a um regime de liberdades; cidades-estados como Florença, Milão e Veneza vinham experimentando a oposição contra as tiranias levantada por uma sociedade sedimentada na riqueza e cultura, e também porque já não havia identidade entre Igreja e Estado<sup>76</sup>.

Por outro lado, a combinação dessa circunstância com a ebulição das redescobertas do classicismo antigo, através, *v.g.*, das traduções de Aristóteles (quem, aliás, é também lido pelos humanistas em grego), e a propensão das diversas classes, de mercadores a estadistas, para o estudo dos clássicos<sup>77</sup>, eleva o homem renascentista à condição de *uomo universale*. Não se trata, contudo, de levar a cabo estudos meramente diletantes, sem um propósito prático: o mergulho que o intelectual renascentista faz no passado propicia-lhe o desenvolvimento de algumas ciências – e em breve, é com esse adjetivo que certas áreas de conhecimento serão designadas –; então, seu olhar para o

---

74 São paradigmáticas disso as meditações de Pico Della Mirandola sobre a dignidade do homem, este ser que é “artífice de si mesmo”, podendo, pois, pelo uso da liberdade, deliberar sobre o modo de vida; mas Pico, apesar de referir que essa radical qualidade humana pode tanto conduzi-lo para a mais baixa condição, como para o mais alto grau de sublimidade (p. 57), parece não aceitar outra *persona* que não seja a destinada a melhorar-se: “abusando da indulgentíssima liberdade do Pai, não tornemos nociva, em vez de salutar a livre escolha que ele nos concedeu. Que a nossa alma seja invadida por uma sagrada ambição de não nos contentarmos com as coisas medíocres, mas de anelarmos às mais altas, de nos esforçarmos por atingi-las, com todas nossas energias” (MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Tradução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho e Luís Loia. Lisboa: Edições 70, 2008, p. 61. Título original: **Oratio de homines dignitate**).

75 BURCKHARDT, Jacob. **A cultura do renascimento na Itália**: um ensaio. Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 145. Título original: **Die Kultur der Renaissance in Italien**: ein Versuch.

76 BURCKHARDT, Jacob. **A cultura do renascimento na Itália**: um ensaio. Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 147. Título original: **Die Kultur der Renaissance in Italien**: ein Versuch.

77 BURCKHARDT, Jacob. **A cultura do renascimento na Itália**: um ensaio. Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 150-151. Título original: **Die Kultur der Renaissance in Italien**: ein Versuch.

passado permitir-lhe-á escrever sua História<sup>78</sup>. O fato de tornar os olhos em direção ao passado, com a finalidade de reinterpretá-lo como verdadeira *opera aperta*, moldável e, pois, utilizável como matéria para o próprio percurso, já demonstra o nível de consciência histórica em que se encontrava o homem renascentista. Mas não ainda a ponto de refletir sobre o caráter da História, o que só se testemunhará no século XVIII.

### 1.2.3 Vico e a descoberta da ciência nova: ponto de partida para a abordagem crítica da História

Ao revolverem-se os registros dos antigos, que tratam da origem das coisas a partir de um enfoque mítico, e, portanto, mais criação do gênio humano e expressão cultural do que revelação verossímil de um itinerário existencial, de pronto podem assomar-se os primeiros questionamentos de ordem epistemológica acerca da História: que finalidades devem ser atribuídas a este ramo do conhecimento que, a princípio, se ocupa de escrutinar o tempo pretérito? A História será, *tout court*, a adequação de fatos apurados pelo historiador a um discurso que se pretenda como verdade histórica? Não sendo possível o emprego do empirismo, como normalmente ocorre com outros ramos das ciências, haverá meios para apurarem-se as verdades históricas? A História se resumirá ao fastidioso mister de demonstrar-se linearmente um encadeamento consequencial dos fatos humanos, autorizando o historiador – da ciência, da política, do direito – a prognosticar o futuro? Por fim, é possível estabelecerem-se leis gerais que conferem regularidade histórica aos objetos de estudo da História? Vico, embora não refira expressamente que sua *scienza nuova* seja a História<sup>79</sup>, notabiliza-se por

---

78 Buckhardt destaca a pertinência dos estudos renascentistas, afirmando, inclusive, que “tendo [o intelectual] como modelo a historiografia daqueles, escreve a história de seu tempo” (BURCKHARDT, Jacob. **A cultura do renascimento na Itália**: um ensaio. Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 152. Título original: **Die Kultur der Renaissance in Italien**: ein Versuch).

79 Max Fisch explica a cautela de Vico em razão de o termo ciência da história criar um paradoxo: “la historia, como la ciencia, aspira al conocimiento, pero mientras que el conocimiento científico

perspectivar um sistema problemático a ela referido (que bem pode atrelar-se ao conjunto de problemas aqui proposto), não deixando de ser atual e de despertar interesse.

O filósofo napolitano não pretende estabelecer as bases de uma ciência da História – ou, pelo menos, não declara a História como tal –, mas um método para determinar *a natureza comum das nações*, após o estudo sistemático e crítico de autores que o precederam. A carga de acontecimentos que precedem a eclosão da nova época e o humanismo do Renascimento com o retorno aos referenciais da antiguidade, inclusive o estoicismo, deram alento ao trabalho de Pufendorf e de Grocio na proposta de um jusnaturalismo que, embora não inteiramente descolado das teorias da baixa Idade Média, como a de Tomás, representam sistemas novos de um direito natural das nações, que servem de apoio à teoria de Vico a partir da crítica que deles faz. Seu objetivo de descobrir os princípios em os quais se encontram os significados dessa natureza, no entanto, obedece a um rigoroso retrospecto histórico, para além do desenvolvimento do raciocínio tendente a compreender aspectos de uma natureza humana e, consequentemente, dos povos.

Ao longo do livro primeiro de **La scienza nuova**, Vico estabelece os grandes princípios da verdade, a existência de uma *providência divina*, que governa as coisas humanas, e da característica presente em todos os homens, que é o *livre arbítrio*, a partir do que lhe será possível fazer um amplo quadro demonstrativo de situações históricas. A preocupação do autor não é outra senão a de estabelecer certos critérios de validade universal para a *scienza nuova*, que pode ser meditada sobre as bases de um direito natural das gentes.

Uma vez demonstrado o caráter de universalidade e de

---

es conocimiento de lo universal y eterno, el conocimiento histórico es conocimiento de lo local y temporal – de particulares en sus momentos y lugares”. (VICO. Giambattista. **Principios de una ciencia nueva**; en torno a la naturaleza común de las naciones. 3. ed. Tradução para o espanhol de José Carner. Introdução de Max H. Fisch. México: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 24. Título original: **Principij di scienza nuova d'intorno alla comune natura delle nazione**).

atemporalidade do direito natural, sendo certo que esse direito deriva não apenas de uma lei divina, mas dos costumes dos povos e dos usos e práticas dos homens, já será possível determinar os limites dessa ciência, que prescreve uma História ideal eterna, recorrendo a História de todas as nações ao longo dos tempos<sup>80</sup>.

Pode dizer-se que a *scienza nuova* de Vico põe em evidência, dessa forma, aspectos até então inéditos no que se pode considerar como momento incipiente da teoria de História: o de que esse ramo de conhecimento tem por objetivo a procura das causas daqueles princípios e os acontecimentos históricos, não em fatos particulares, mas na investigação do desenvolvimento do Mundo cultural, das instituições e do próprio homem, tudo com vistas a torná-los inteligíveis<sup>81</sup>. No entanto, sua proposta de perspectivar histórico esbarra na impraticabilidade empírica de demonstração dos princípios eternos e universais que fundariam as nações.

Ao pensar nessa estrutura de princípios, Vico reduz as hipóteses de progresso histórico a um determinismo que, por um lado, possibilita um equacionamento simples para a prognose do porvir (que nem sempre se explica, por causa do caminhar existencial errático do homem, que cria circunstâncias culturais impeditivas de uma escrita histórica linear; a prova disso está no fato de que, apesar de todo patrimônio de Direitos Humanos acumulado nos dois últimos séculos, duas grandes guerras colocaram em causa a existência de um povo e, ainda no momento atual, a humanidade não está livre de conflagrações sangrentas); por outro lado, essa ordem de pensamento conduz a entender que o protagonista da História está preso a uma natureza, a natureza humana (que condicionaria todo seu existir a predeterminações de caráter

---

80 Assim escreve Vico: “Onde questa Scienza viene nello stesso tempo a descrivere una storia ideal eterna, sopra la quale corron in tempo le storie di tutte le nazioni ne' loro sorgimenti, progressi, stati, decadenze e fini.” (VICO, Giambattista. **La scienza nuova**. 10. ed. Milão: Biblioteca Universale Rizzoli, 2008, p. 245).

81 É a interpretação que Fisch faz da proposta do filósofo italiano. VICO. Giambattista. **Principios de una ciencia nueva**; en torno a la naturaleza común de las naciones. 3. ed. Tradução para o espanhol de José Carner. Introdução de Max H. Fisch. México: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 26. Título original: **Pricipij di sciencia nuova d'intorno alla comune natura delle nazione**.

universal e atemporal, a todas as luzes, contrárias à possibilidade do progresso humano). De que forma, então, se poderá pensar a História e como proceder-se ao perspectivar histórico ante os riscos do determinismo?

#### 1.2.4 Ao chegarmos a este ponto, continuará lícita a afirmação determinista de uma Natureza Humana como diretriz da História?

No seu hoje clássico livro **La ignorancia del Derecho**, o jurisfilósofo – e também historiador – espanhol Joaquín Costa, a propósito de tratar do princípio jurídico *nemini licet ignorare jus*, estabelece o problema fundamental na impossibilidade prática de aplicar essa diretiva para a solução de conflitos jurídicos: a grande cópia de textos legais, por um lado, a insciência ou falta de formação jurídica dos cidadãos, por outro, tornaria apenas utópica a exigência de conhecimento das regras legais e, conseqüentemente, por razões diretamente relacionadas, a não aceitação do argumento de ignorância de regra legal para a isenção de responsabilidade jurídica. Por isso, propõe uma espécie de retorno ao direito costumeiro de *Hispania*, cujas regras estão bem gravadas no consciente coletivo e podem prescindir da codificação. Mas antes de aí chegar, Costa enumera alguns exemplos de regras que caberiam no que chama de *Constituição do Estado individual* que, em seu entender, não recorreriam àquele princípio de direito. Ao tratar dos *direitos do homem*, os direitos individuais, como a liberdade para a escolha de profissão, de domicílio ou residência, de expressão de ideias e opinião, de reunião e associação para fins pacíficos, de fazer petições aos poderes, de credo religioso, e os direitos à inviolabilidade de correspondência e do domicílio, o jurisfilósofo afirma tratar-se de direitos inerentes à pessoa individual, podendo dizer-se naturais e, por isso, “não legísláveis”. E arremata afirmando que esses direitos “existen por sí, como una de las cualidades constitutivas del ser humano, no dependiendo de la voluntad social ni estando, por tanto, en las facultades del Poder público desconocerlos, suprimirlos ó limitarlos”; se vêm a ser positivados na Constituição (como, nos exemplos citados, os do art. 6º da Constituição espanhola

de 1876), é “por motivos puramente históricos, como una solemne afirmación de la personalidad individual por parte del Estado que hasta entonces lo había, de hecho, negado”<sup>82</sup>.

O pendor jusracionalista, claro, está presente no pensamento de Costa; mas nele também subjaz o perspectivismo histórico, quando refere, por um lado, que a aceitação por parte do Estado dos direitos individuais decorre de motivos históricos, e, por outro lado, ao afirmar que a finalidade dessa positivação na Constituição não é outra senão a de negar a anterior negação desses direitos<sup>83</sup>. Por outras palavras, percebe-se que o pensamento de Costa admite a sucessão de acontecimentos potencialmente modificadores de situações estabelecidas e capazes de inscrever-se na História.

Se esse estado de coisas é assim admitido, então, é lícito afirmar, numa tentativa de aproximação ao problema epistemológico da História, que a compreensão de aspectos deterministas, como o que arranca de uma concepção de Natureza Humana, conforme a que sobressai das ideias teocêntricas, contrapõe-se, a princípio, à ideia de progresso histórico – e do homem. Esta questão não é nova, e já foi objeto de discussão entre estudiosos do direito natural, cujos laivos, de alguma forma, jogam luzes sobre o nosso problema.

O embate entre o positivismo jurídico e o jusnaturalismo produziu, como se sabe, muita crítica contra o pensamento determinista, apoiado na premissa de um *status naturalis* do homem. Mas, em boa verdade, a categoria Natureza Humana também deu sustentação a outras vertentes do pensamento, como o político e, inquestionavelmente, repercutiu nas concepções epistemológicas sobre a História. Afinal, como antes se referiu, Vico propôs uma sistematização de História das nações partindo de pressupostos jusnaturalistas, dentre os quais é possível perceber a caracterização de Natureza Humana. Assim,

---

<sup>82</sup> COSTA, Joaquín. **La ignorancia del Derecho**. Y sus relaciones con el status individual, el referendum y la costumbre. Barcelona: Manuel Soler, 1901, p. 46-47.

<sup>83</sup> COSTA, Joaquín. **La ignorancia del Derecho**. Y sus relaciones con el status individual, el referendum y la costumbre. Barcelona: Manuel Soler, 1901, p. 47.

uma qualquer abordagem que se faça a esse arranjo epistemológico, terá de elaborar uma compreensão da ideia de Natureza Humana. Baptista Machado, ao pretender lançar as bases conceituais para um novo modelo de direito natural, parece tê-lo feito, com rigor metodológico, em longo artigo<sup>84</sup> (que deu arrimo a seu livro **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**), no qual radica o problema do direito natural na categoria Natureza Humana, “uma natureza ou essência que ao homem é previamente dada ou prefixada e que a este, como ser racional consciente, cumpre actualizar através de sua conduta”. É a partir dessa primeira noção que o jurisfilósofo português, amparado nos pressupostos epistemológicos da antropologia e do existencialismo, passa a questionar sobre essa natureza e se o homem é, em sua essência, um ser prefixado<sup>85</sup>.

Numa inicial abordagem, Baptista Machado contrapõe à ideia de determinismo, que quanto à categoria Natureza Humana se caracteriza pela prefixação dos aspectos psicossomáticos formadores do homem, uma definição antropológica, segundo a qual em vez de apresentar um aparato instintivo capaz de torná-lo apto para enfrentar seu meio desde o início, o homem é tido como um “ser defectivo”, um “ser falhado”<sup>86</sup> que, pois, pode dizer-se, está em constante fazimento, dirigindo-se ao aperfeiçoamento. Antes de ter uma constituição dada *ab ovo*, o homem é marcado por uma incompletude essencial<sup>87</sup>, não estando, por isso, apto para agir em seu habitat senão após um aprendizado<sup>88</sup>. Mas se o modo de

<sup>84</sup> MACHADO, João Baptista. Antropologia, existencialismo e direito. I Parte. Reflexões sobre o discurso jurídico. **Revista de Direito e de Estudos Sociais**, Coimbra, ano XI, p. 42-85, 1960; Antropologia, existencialismo e direito. II Parte. **Revista de Direito e de Estudos Sociais**, Coimbra, ano XII, p. 95-132, 1965.

<sup>85</sup> MACHADO, João Baptista. Antropologia, existencialismo e direito. Reflexões sobre o discurso jurídico. **Revista de Direito e de Estudos Sociais**, Coimbra, ano XI, p. 42-85, 1960, p. 43.

<sup>86</sup> MACHADO, João Baptista. Antropologia, existencialismo e direito. Reflexões sobre o discurso jurídico. **Revista de Direito e de Estudos Sociais**, Coimbra, ano XI, p. 42-85, 1960, p. 44. Mais adiante, o autor explica que, “Em confronto com os outros animais, o Homem surge-nos como um ser “falhado”, defectivo: dada a insuficiência do seu equipamento instintivo e a falta de especialização do seu equipamento orgânico, ele aparece na vida completamente indefeso, desorientado, incapaz de subsistir “naturalmente” através de um *agere* espontâneo de mecanismos previamente montados.”

<sup>87</sup> MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. 9ª reimp. Coimbra: Almedina, 1996, p. 7.

<sup>88</sup> Refere o autor que “o processo pelo qual se chega a ser homem, pelo qual se forma o substrato da pessoa humana, se produz em interrelação com o ambiente, mais ainda, num estado de



agir não é prefixado, e o homem tem (ao longo da História) superado as dificuldades impostas pelo ambiente, moldando-o segundo suas necessidades, seja pelo emprego das ciências e técnicas, seja pela estruturação de instituições que lhe facultam interrelações, então já será permitido concluir que se trata de um ser irremediavelmente aberto para o Mundo, um ser adaptável. De forma que o caráter de incompletude, acaba sendo compensado pela aptidão de “abertura” para o Mundo<sup>89</sup>. Isso induz a reconhecer, ainda num esforço de estruturar-se uma tipologia, que o homem está sempre diante de possibilidades ao tangenciar o Mundo, tendo de fazer escolhas, que ou são impostas por uma dada *circumstantia*, ou passarão a definir uma nova. Se as coisas se passam dessa forma, cabe indagar se essa adaptação ao Mundo é, propriamente, o modo de o homem fazer-se (e refazer-se ininterruptamente, em vista de outros horizontes problemáticos) ou se é uma engenharia executada sobre seu habitat (social, político, jurídico e histórico), com alguma hipótese de tornar-se uma prognose sobre seu devir.

O autor dá pistas para o enfrentamento do problema aqui posto, sustentando que “Muito daquilo que hoje se nos apresenta como norma ética ou jurídica incontestada foi outrora questão obscura e simples possibilidade em aberto”<sup>90</sup>, como se pode depreender da consagração, em documentos políticos, das liberdades individuais, em relação ao momento histórico anterior ao século XVIII. Por outras palavras, antes mesmo de concretizações institucionais, políticas e jurídicas, o homem já tem diante de si possibilidades perceptíveis com as quais trilhará em sua existência, fazendo com que cada momento transposto passe a ser História; e, dessa forma, ter-se-á um *continuum* ininterrupto, segundo o qual o momento pósterio é já anteriormente preparado, estruturado seja pela *intelligentsia*

---

*exposição* a esse ambiente. [...] É nesse sentido, num sentido radicalmente originário, que o homem pode ser dito um ser *de aprendizagem*” (MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. 9ª reimp. Coimbra: Almedina, 1996, p. 8).

<sup>89</sup> MACHADO, João Baptista. Antropologia, existencialismo e direito. Reflexões sobre o discurso jurídico. **Revista de Direito e de Estudos Sociais**, Coimbra, ano XI, p. 42-85, 1960, p. 45.

<sup>90</sup> MACHADO, João Baptista. Antropologia, existencialismo e direito. Reflexões sobre o discurso jurídico. **Revista de Direito e de Estudos Sociais**, Coimbra, ano XI, p. 42-85, 1960, p. 76.

de uma civilização, seja pelas manifestações de massa; em qualquer dos casos, pura obra do homem.

A partir dessas observações, já será possível estabelecer uma linha de coerência com o que desde o início Baptista Machado afirma como pressuposto de caracterização do ser hominal: em vez de determinado pela natureza – a que uma vertente do pensamento chamaria de Natureza Humana –, o homem é um ser “artificial”<sup>91</sup>, que se vai moldando ante as dificuldades encontradas no *ambiente físico* e no *ambiente simbólico* (cultural), sendo que neste – propriamente um *artefato* criado por si –, onde se vê sujeito às pressões oriundas das interrelações humanas, expondo-se “à tentação e ao caos”, sente a necessidade de criar instituições que lhe permitam alguma segurança<sup>92</sup>. Uma segunda conclusão – e esta de imediato interesse para a construção do arcabouço epistemológico aqui prosseguido – é a de que, não sendo inteiramente concedido o caminho existencial do homem, ser-lhe-á facultado o pensamento *representativo* ou de *objetivação* – “próprio da consciência intencional constituinte”, de onde se arranca a certeza do existir histórico<sup>93</sup>.

A negação *tout court* de uma natureza referida ao homem, no entanto, tem de ser entendida nos estritos limites conceituais das teses em conflito. O jurisfilósofo tratava de rebater qualquer posição tendente a sustentar a compreensão determinista do homem. Claro que, com isso, deixou de perceber o significado sobre a essência humana. Ferreira da Cunha, entrando em franca oposição contra a teoria de Baptista Machado<sup>94</sup>, parece tê-lo percebido ao referir

<sup>91</sup> MACHADO, João Baptista. Antropologia, existencialismo e direito. Reflexões sobre o discurso jurídico. **Revista de Direito e de Estudos Sociais**, Coimbra, ano XI, p. 42-85, 1960, p. 45.

<sup>92</sup> MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. 9ª reimp. Coimbra: Almedina, 1996, p. 8.

<sup>93</sup> MACHADO, João Baptista. Antropologia, existencialismo e direito. Reflexões sobre o discurso jurídico. **Revista de Direito e de Estudos Sociais**, Coimbra, ano XI, p. 42-85, 1960, p. 81.

<sup>94</sup> Em boa parte, com razão, especialmente quando duvida da “possibilidade de rigorosa compatibilização de ambas as teses”, entre a formulação de pressupostos antropológico-existencialistas e o direito natural (CUNHA, Paulo Ferreira da. **O ponto de Arquimedes**. Natureza humana, direito natural, direitos humanos. Coimbra: Almedina, 2001, p. 44). Mais adiante, contudo, rejeita as objeções de Baptista Machado em relação à natureza humana, sem se preocupar que o jurisfilósofo compatriota apenas contrastou a formulação filosófica dessa

que já será possível identificar uma essência do homem – a natureza humana – na liberdade. Então, a categoria Natureza Humana terá, partindo desse viés, uma nova significação e dirá respeito à capacidade de autodeterminação pessoal do homem.

Desse entrechoque conceitual, resta um ponto de concórdia: o de que a hominidade não se compraz com a prefixação de características, com a determinação daquilo que o homem deve ser, num modo exclusivo de falta de liberdade.<sup>95</sup> Já ocorreu de as ciências sociais detectarem certos aspectos civilizacionais que transpõem fronteiras, levando determinada ramificação da sociologia a cogitar sobre uma civilização universal; e, de fato, como observa Huntington, os seres humanos, de um modo geral, partilham alguns valores básicos, como a rejeição ao homicídio e a adoção de instituições, como a família.<sup>96</sup> Mas isso não será suficiente nem para afirmar a existência de bases deterministas do objeto dessas ciências, nem muito menos para facultar-lhes a exploração empírica que tenda a demonstrar situações prognosticáveis. A constatação de traços comuns em todas as civilizações, por outras palavras, já não será suficiente para demonstrar um destino inexorável para a humanidade: é possível observarem-se situações constantes do comportamento humano, o que não garante, contudo, arremata o cientista político norteamericano, que se possa decifrar a História<sup>97</sup>.

O contraste aqui sugerido entre as fontes possíveis para uma epistemologia da História, destaca desde logo aquilo a que devem os estudiosos rejeitar na procura da etiologia de fenômenos observados num determinado povo,

---

categoria e os pressupostos existencialistas e antropológicos acerca do homem (*ibidem*, p. 50).

<sup>95</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. **O ponto de Arquimedes**. Natureza humana, direito natural, direitos humanos. Coimbra: Almedina, 2001, p. 50.

<sup>96</sup> HUNTINGTON, Samuel P. **The clash of civilizations and the remaking of world order**. Londres: Free Press, 2002, p. 56, ao criticar as teses que propugnam uma civilização universal, refere: “human beings in virtually all societies share certain basic values, such as murder is evil, and certain basic institutions, such as some form of family. Most peoples in most societies have a similar “moral sense”, a “thin” minimal morality of basic concepts of what is right and wrong.”

<sup>97</sup> O cientista político norteamericano arremata assim seu pensamento: “If people have shared a few fundamental values and institutions throughout history, this may explain some constants in human behavior but it cannot illuminate or explain history, which consists of changes in human behavior.” (HUNTINGTON, Samuel P. **The clash of civilizations and the remaking of world order**. Londres: Free Press, 2002, p. 56).

cultura ou civilização. Em primeiro lugar, o estabelecimento da historicidade de um fenômeno – pressuposto para qualificá-lo, inclusive para o perspectivar de um tratamento consentâneo com o porvir –, como o que aqui se tenta em relação aos Direitos Humanos, deve abandonar os critérios de atemporalidade e de universalidade; trata-se, evidentemente, de manifestações não dedutíveis da natureza ou de aspectos sobrenaturais que intervieram para a formação do homem – o *homo phaenomenon*, empiricamente perceptível –, mas das experiências culturais e civilizacionais<sup>98</sup>; ou, por outras palavras, de realizações só concebíveis dentro de uma estrutura social com implicações delimitadas espaço-temporalmente. Mesmo que não se possa demonstrar a ocorrência de um vetor de progresso humano – progresso linearmente adquirido – é certo que os fenômenos históricos nem são fatos predeterminados nem empiricamente testáveis (um fato passa a ter importância histórica quando se toma a consciência de sua imbricação com uma circunstância de relevo; mas isso só se torna possível quando se o entender como fato datado, ocupando, portanto, o espaço pretérito), nem, por isso mesmo, prognosticáveis. De maneira que, em segundo lugar, a História não estará inserida no campo da ciência natural.<sup>99</sup> Por fim, as investigações realizadas pelo estudioso dizem respeito a fatos, em relação aos quais terá de deduzir teorias; não, como acima já afirmado, qualquer fato, mas aqueles que se imbricam numa sucessão de ocorrências de comprovada importância. Isso requer a competência

---

<sup>98</sup> As duas categorias de fenômenos sociais, civilização e cultura, embora possuam elementos comuns, não se confundem. Ambas referem-se ao estilo de vida de um povo, com sua mundividência, valores, normas, modos de pensar e instituições, mas “a civilization is a culture writ large” (HUNTINGTON, Samuel P. **The clash of civilizations and the remaking of world order**. Londres: Free Press, 2002, p. 41). Huntington vai, no entanto, mais adiante nas distinções, primeiro esclarecendo não existir um paralelismo entre raça e civilização: “civilization and race are not identical. People of the same race can be deeply divided by civilization; people of different races may be united by civilization”. Assim, a religião, como importante elemento civilizacional, pode agregar sociedades com variadas raças: “In particular, the great missionary religions, Christianity and Islam, encompass societies from a variety of races.” (op. cit., p. 42). A partir do que já será possível sustentar que “A civilization is the broadest cultural entity”, englobando diversas culturas. “The culture of village in southern Italy may be different from that of a village in northern Italy, but both will share in a common Italian culture that distinguishes them from German villages. European communities, in turn, will share cultural features that distinguish them from Chinese or Hindu communities. Chinese, Hindus, and Westerners, however, are not part of any broader cultural entity. They constitute civilizations.” (op. cit., p. 43).

<sup>99</sup> CASSIRER, Ernst. **Antropologia filosófica**. Tradução ao espanhol de Eugenio Ímaz. 24. ed. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, p. 287. Título original: **Essay of man**.

para se formarem juízos de valor acerca de fatos históricos, o que, a todas as luzes, não se compagina com a atividade metafísica.

O bosquejo desses traços epistemológicos da História, conduzirá a investigação para um outro nível de especulações, que podem ser delimitadas a partir do positivismo. Agora a ordem problemática referir-se-á à qualificação da História e ao seu método.

### 1.2.5 O Positivismo e a tentativa de cientificizar a História: rasgos para uma crítica tendente à hermenêutica

“Todo o modo de pensar é sempre considerado irracional pelo modelo histórico de um outro modo de pensar, que se considera a si próprio como racional”, escreve Eco<sup>100</sup> nas linhas que antecedem a proposta de uma gramática da História baseada no princípio de irreversibilidade do tempo. Parece que a observação do semiólogo italiano também pode ser empregue no exame dos modelos teóricos acerca de História, cada qual estabelecido com a pretensão de suplantar um anterior. Assim, se no período renascentista um Vico arranca do direito natural e, por conseguinte, da Natureza Humana, a estruturação da nova ciência, a Idade Moderna, contagiada pela onda do positivismo, refuta o sistema de ideias deterministas para apresentar em seu lugar um arcabouço de ciência da História. Hegel, como precursor de um historicismo radical, segundo o qual “a razão é imanente à existência histórica e nela se realiza”<sup>101</sup>, sedimenta o caminho que será trilhado pelos positivistas; Croce, como um de seus representantes, chega às raias do paroxismo para estabelecer a História como pressuposto do

<sup>100</sup> ECO, Umberto. *Interpretação e História*, p. 31. In: ECO, Umberto, RORTY, Richard, CULLER, Jonathan, BROOKE-ROSE, Christine. **Interpretação e sobreinterpretação**. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Editorial Presença, 1993, p. 29-44. Título original: **Interpretation and overinterpretation**.

<sup>101</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia da História**. Tradução de Maria Rodrigues e Hans Harden. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008, p. 30. Título original: **Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte**.

conhecimento.

O historicismo em Hegel, por um lado, adquire inconfessos tons de utilitarismo, quando esquematiza em sua **Filosofia da História** três formas de tratar esse ramo do conhecimento, entendendo-o como: a) *História original*, ao modo como Heródoto e Tucídides a fizeram, relatando aquilo que participaram<sup>102</sup>; b) *História refletida*, sob a forma de História geral, escrevendo-se mais ao nível genérico e nacional, do que arrancando de particularismos<sup>103</sup> ou, tratando-a de forma *pragmática*, refletindo-se sobre os fatos pretéritos como explicações do que se vivencia no presente<sup>104</sup>, ou, encarando-a sob o viés *crítico*, quando se realiza análise dos relatos históricos e a investigação de sua verdade e credibilidade<sup>105</sup> e, por fim, a versão de *História conceitual*, que é já etapa de transição para *História filosófica*; c) a *filosófica*, erigindo-se como eixo central de seu livro, que estabelece uma estrutura sistemática e dialética do progresso humano, que é puramente racional<sup>106</sup>. Para Hegel, a descrição da História universal indicará o “progresso na consciência da liberdade”<sup>107</sup>, o que confere à vertente filosófica da História por si proposta, se se pensar em termos de utilitarismo, elevada dignidade ética.

Mas, por outro lado, a procura do fim último na análise da

<sup>102</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia da História**. Tradução de Maria Rodrigues e Hans Harden. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008, p. 13-14. Título original: **Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte**.

<sup>103</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia da História**. Tradução de Maria Rodrigues e Hans Harden. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008, p. 14. Título original: **Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte**.

<sup>104</sup> A propósito, o filósofo alemão destaca o exemplo do trabalho de Montesquieu, referindo que “Somente uma observação metódica, livre e abrangente das situações e do profundo sentido da idéia [...] proporciona autenticidade às reflexões”, o que, contudo, não é de ordinário observado, pois que povos e governos pouco aprenderam da História (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia da História**. Tradução de Maria Rodrigues e Hans Harden. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008, p. 15. Título original: **Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte**).

<sup>105</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia da História**. Tradução de Maria Rodrigues e Hans Harden. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008, p. 15. Título original: **Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte**.

<sup>106</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia da História**. Tradução de Maria Rodrigues e Hans Harden. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008, p. 16-17. Título original: **Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte**.

<sup>107</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia da História**. Tradução de Maria Rodrigues e Hans Harden. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008, p. 25. Título original: **Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte**.

História, obedece a uma dialética lógica, segundo a qual todo real é racional, da mesma forma que todo racional é real. Assim, “No saber e querer humanos, como no material, o racional manifesta-se na existência.”<sup>108</sup> É o ponto de partida para encontrar na vontade humana, também ela realidade, uma essência “como fim de sua existência.” Essa essência é apreendida da junção da vontade subjetiva e da razão<sup>109</sup>, ao fim e ao cabo, expressões da liberdade. Chegado aqui, uma vez mais Hegel estabelece o encadeamento sistemático das realidades, e não há outra com maior capacidade totalizante do que a do Estado. Afinal, “O Estado é o que existe, é a vida real e ética, pois ele é a unidade do querer universal, essencial, e do querer subjetivo – e isso é a moralidade objetiva.”<sup>110</sup>

Como a História universal descreve a evolução da consciência da liberdade e a realização dessa consciência<sup>111</sup>, realidades catalisadas pelo Estado, então será lícito afirmar que ela se esgotará aí. Mesmo sendo crível uma crescente amplificação dessas realidades, como é admitido por Hegel<sup>112</sup>, a História, segundo se supõe, terá cumprido sua finalidade ao determinar a realidade humana, cujo *locus* é o Estado.

Já em Croce, perceber-se-á a culminância que o positivismo exerceu sobre a estruturação epistemológica de História. Primeiro, porque o historiador italiano, que sofreu influências de Hegel, por um lado discerne a História

---

<sup>108</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia da História**. Tradução de Maria Rodrigues e Hans Harden. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008, p. 39. Título original: **Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte**.

<sup>109</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia da História**. Tradução de Maria Rodrigues e Hans Harden. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008, p. 39. Título original: **Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte**.

<sup>110</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia da História**. Tradução de Maria Rodrigues e Hans Harden. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008, p. 39. Título original: **Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte**. Em outro trecho, Hegel di-lo expressamente: “Reconhecemos, então, o Estado como totalidade moral e a realidade da liberdade – portanto, como a unidade objetiva desses dois momentos” (op. cit., p. 47).

<sup>111</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia da História**. Tradução de Maria Rodrigues e Hans Harden. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008, p. 60. Título original: **Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte**.

<sup>112</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia da História**. Tradução de Maria Rodrigues e Hans Harden. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008, p. 60. Título original: **Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte**.

escrita arrancada das impressões pessoais, impregnada de tons oratórios, com discussões acaloradas, exortações, sátiras ou outros estilismos, daquela que é escrita segundo a forma crítica e expositiva<sup>113</sup>; em segundo lugar, porque na censura implícita que faz em relação àquela modalidade, deixa entredita a importância de um estudo descritivo e crítico de História; em terceiro lugar, por exaltar o juízo histórico, que não será apenas uma ordem de conhecimentos, mas o próprio conhecimento<sup>114</sup>; em quarto lugar, por conceber um sentido pragmático à História, uma vez que, como conhecimento concreto, vincula-se à vida, que é pura ação<sup>115</sup>.

Há em sua tese central o claro intuito de destacar o papel da História, deixando entredito que o conhecimento dela decorrente é totalizante<sup>116</sup>, e vai ocupando maiores espaços das outras áreas do saber; tanto é assim que Croce chega a afirmar que a crítica histórica da filosofia transcendente aniquila a autonomia da própria filosofia, dando lugar à Filosofia-História, “que tiene por principio la identidad de lo universal y lo individual, del intelecto y la intuición, y declara arbitraria e ilegítima la separación de ambos elementos, los cuales, en realidad, son uno solo.”<sup>117</sup> Por outras palavras, de acordo com esse concerto epistemológico, qualquer proceder metafísico rivalizará com as bases de elaboração da História e não será, *tout court*, História.

Da mesma forma que Hegel, Croce destaca um aspecto pragmático da História, partindo da constatação de que o presente que se vive está diretamente relacionado com o passado, ou, em suas palavras, a iniludível

---

<sup>113</sup> CROCE, Benedetto. **La Historia como hazaña de la libertad**. Tradução para o espanhol de Enrique Díez-Canedo. 2. ed. 2. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 15.

<sup>114</sup> CROCE, Benedetto. **La Historia como hazaña de la libertad**. Tradução para o espanhol de Enrique Díez-Canedo. 2. ed. 2. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 25.

<sup>115</sup> CROCE, Benedetto. **La Historia como hazaña de la libertad**. Tradução para o espanhol de Enrique Díez-Canedo. 2. ed. 2. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 24.

<sup>116</sup> CROCE, Benedetto. **La Historia como hazaña de la libertad**. Tradução para o espanhol de Enrique Díez-Canedo. 2. ed. 2. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 25.

<sup>117</sup> CROCE, Benedetto. **La Historia como hazaña de la libertad**. Tradução para o espanhol de Enrique Díez-Canedo. 2. ed. 2. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 25.



percepção de que “estamos viviendo sumergidos en lo pasado”<sup>118</sup>. Mas não se trata, como no conceito hegeliano de *História refletida*, de um método pelo qual se logre a descoberta da subordinação de acontecimentos. O que Croce pretende demonstrar é um aspecto negativo dessa subordinação, porque o passado oprime. O que importa para sua teoria é que a História cumpra um papel libertador, permitindo ao homem sobrepujar o passado através de sua redução a um problema mental<sup>119</sup>. Aqui, por óbvio, surgem problemas epistemológicos relacionados com o alcance desse objetivo, que Croce procura dissolvê-los através da concepção de um método de realização da História.

Antes de mais, entende necessário que o estudioso faça a exposição dos fatos tal como se sucederam, para além de estabelecer sua qualificação<sup>120</sup>. Por outras palavras, a formação do conhecimento histórico dependerá de um juízo de valor, que não é, propriamente, uma pura discricionariedade do historiador: Croce adverte que se trata da aprovação ou censura de fatos em relação com determinados fins ideais sobre os quais se pretende defender, sustentar e ver triunfantes<sup>121</sup>. É por meio desse “juízo histórico” que o espírito se liberta do passado, e põe em curso uma outra característica da História, que é sua concordância com a ação: “sólo él [o juízo histórico] hace posible la formación de un propósito práctico y abre camino al desarrollo de la acción”<sup>122</sup>.

Se uma ideia de progresso humano depende, de acordo com Croce, da libertação de cada tempo pretérito, de modo que o homem não viva o passado, então será lícita a afirmação de que o perspectivar do futuro dependerá

<sup>118</sup> CROCE, Benedetto. **La Historia como hazaña de la libertad**. Tradução para o espanhol de Enrique Díez-Canedo. 2. ed. 2. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 34.

<sup>119</sup> CROCE, Benedetto. **La Historia como hazaña de la libertad**. Tradução para o espanhol de Enrique Díez-Canedo. 2. ed. 2. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 34.

<sup>120</sup> CROCE, Benedetto. **La Historia como hazaña de la libertad**. Tradução para o espanhol de Enrique Díez-Canedo. 2. ed. 2. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 36.

<sup>121</sup> CROCE, Benedetto. **La Historia como hazaña de la libertad**. Tradução para o espanhol de Enrique Díez-Canedo. 2. ed. 2. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 36.

<sup>122</sup> CROCE, Benedetto. **La Historia como hazaña de la libertad**. Tradução para o espanhol de Enrique Díez-Canedo. 2. ed. 2. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 38.

de recorrentes juízos históricos. Não é por outro motivo que sua teoria acerca do historicismo<sup>123</sup> desemboca na asserção de que vida e realidade convergem para a ideia de História; na mesma medida em que refuta a teoria que preconiza a realidade dividida em super-História e História, ou seja, na ocorrência de um Mundo de ideias ou de valores e um outro Mundo que os reflete ou os refletiu de forma imperfeita, que deve ser superado por uma realidade racional e perfeita<sup>124</sup>. O historicismo aparece, portanto, em oposição ao racionalismo abstrato do período da Iluminura e contende, no ponto crucial, com o princípio da universalidade do qual são tributários, segundo esta vertente, ideias e valores<sup>125</sup>.

As concepções acerca da estética, as ideias do direito natural e da moral, os sistemas fechados e fixos da filosofia são, em boa verdade, modelos históricos, empregues em determinados períodos, enquanto que “Las verdaderas ideas, los verdaderos valores de carácter universal [...], son, pues, no modelos y generalizaciones empíricas, sino conceptos puros y categorías, creadoras y juzgadoras perpetuas de toda historia.”<sup>126</sup> Ou, por outras palavras, a vida como realidade histórica, não se conforma com os conceitos puros, esses que dimanam do racionalismo abstrato.

### 1.3 Suma crítica e a busca de uma epistemologia da História dos Direitos Humanos

O reconhecimento de um sentido histórico para o existir do homem, parece ser verdade infatigavelmente lembrada nos momentos de crise,

---

<sup>123</sup> Termo empregue pelo filósofo em sua acepção científica. CROCE, Benedetto. **La Historia como hazaña de la libertad**. Tradução para o espanhol de Enrique Díez-Canedo. 2. ed. 2. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 53.

<sup>124</sup> CROCE, Benedetto. **La Historia como hazaña de la libertad**. Tradução para o espanhol de Enrique Díez-Canedo. 2. ed. 2. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 53.

<sup>125</sup> CROCE, Benedetto. **La Historia como hazaña de la libertad**. Tradução para o espanhol de Enrique Díez-Canedo. 2. ed. 2. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 53.

<sup>126</sup> CROCE, Benedetto. **La Historia como hazaña de la libertad**. Tradução para o espanhol de Enrique Díez-Canedo. 2. ed. 2. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 34.

quando há a necessidade de uma revisão das circunstâncias determinantes de algum *pathos*. Seja relativamente à economia, como se pode perceber nos dois pós-guerras enfrentados pela Europa da primeira metade do século passado e, mais recentemente, agora em nível global, nas duas grandes crises, a de 2008 e a de 2011, que ameaçam com a recessão boa parte do Ocidente e a própria existência de sistemas políticos, como o da Comunidade Europeia; seja em relação a instituições ao atingirem o ponto de exaustão para o trato dos mais diversos conflitos sociais, que paulatinamente ganham foros supranacionais, de maneira que, *v.g.*, certos fenômenos criminais deixam de ser problemas locais para colocarem em alerta a segurança de vários Estados. As condições que põem em marcha mudanças na sociedade humana – tecnológicas, científicas, demográficas, políticas, econômicas etc. –, que no atual estágio são experimentadas não apenas no interior de precisos limites territoriais, mas por diversas culturas e civilizações – quase sendo possível prescindir das divisões norte-sul ou eliminar a denominação *países periféricos* –, levam ao esgotamento de modelos e à postulação da crítica histórica para preparar o porvir. De maneira que parece ter cabimento pensar-se a História, em todas suas dimensões, como o “próprio corpo do devir”<sup>127</sup>, podendo nele descrever-se um sistema de fatos e realizações concatenáveis. Mas a pretensão de reducionismo de tudo à noção de objeto do historicismo, merece atenção.

Nietzsche, ao reivindicar a atividade filosófica como estratégia de combate à paralisia vital surgida a partir dos postulados hegelianos e historicistas na sua *II Intempestiva*, usa de uma alegoria para afirmar o sentido histórico da humanidade, que se manifesta na própria percepção do tempo e na capacidade de lembrar-se; mas adverte que o homem está em constante luta para livrar-se do pesado lastro, que é o passado<sup>128</sup>. Por um lado, o homem passa a ser

<sup>127</sup> FOUCAULT, Michel. **Arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento**. 2.ed. Organização e seleção de textos de Manoel Barros da Motta; tradução de Elisa Monteiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 264. Título original: **Dits et écrits**.

<sup>128</sup> É conhecida a passagem em que o filósofo alemão descreve a cena na qual alguém assiste a um rebanho a pastar: o homem dirige-se a um dos animais perguntando-lhe por que, em vez de manter o olhar fixo, não fala de sua felicidade; o animal quer responder-lhe e dizer-lhe que tudo

quando aprende a conjugar o verbo no pretérito, tomando consciência do que *foi*; a partir disso, será lícito afirmar estar apto a escrever seu destino. Mas, por outro lado, o perspectivar do futuro dependerá daquilo que, dentro de uma fronteira, seja ele capaz de abarcar em suas percepções, deixando fora tudo o que está no escuro e não completamente compreensível; e dependerá, igualmente, de saber esquecer e recordar de forma oportuna, o que se relacionará com sua aptidão para distinguir o que não é histórico daquilo que o é<sup>129</sup>. Mas ambas categorias de acontecimentos, são constitutivas do homem e, em razão disso, o filósofo niilista referirá que “lo ahistórico y lo histórico son en igual medida necesarios para la salud de un individuo, de un pueblo o de una cultura.”<sup>130</sup>

Será, então, razoável arrematar, numa tentativa de compreensão desse sistema filosófico que considera a necessidade e a superfluidade da História, afirmando que o homem poderá valer-se da experiência passada para construir seu devir, o que conduz a admitir um sentido prático de História; e é por esse critério que o niilismo nietzschiano condenará o excesso de História, ou a atitude historicista de reducionismo, *tout court*, porque, em realidade, sempre haverá uma larga distância entre a ocorrência dos fatos e aquilo que o historiador sustenta ser a sua verdade – e o problema crucial estará nos critérios utilizados para estabelecer um juízo sobre a verdade histórica; porque, como afirma Cassirer, a tarefa não pode ser levada a cabo pelo simples processo de concordância com os fatos, a *adequatio res et intellectus*<sup>131</sup>. Ao tratar daquilo que denomina de História Monumental, composta pelos acontecimentos dignos de

---

assim se passa porque sempre se esquece do que pretende dizer; esta observação assombra o homem, em razão de não conseguir aprender a esquecer, mas, ao invés, trata-se de um ser dependente do passado (NIETZSCHE, Friedrich. **Sobre la utilidad y el perjuicio de la historia para la vida**. [II Intempestiva]. 2.ed. Tradução ao espanhol de Germán Cano. Madri: Editorial Biblioteca Nueva, 2003. p. 40).

<sup>129</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **Sobre la utilidad y el perjuicio de la historia para la vida**. [II Intempestiva]. 2.ed. Tradução ao espanhol de Germán Cano. Madri: Editorial Biblioteca Nueva, 2003. p. 45.

<sup>130</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **Sobre la utilidad y el perjuicio de la historia para la vida**. [II Intempestiva]. 2.ed. Tradução ao espanhol de Germán Cano. Madri: Editorial Biblioteca Nueva, 2003. p. 45.

<sup>131</sup> CASSIRER, Ernst. **Antropología filosófica**. Introducción a una filosofía de la cultura. 2. ed. Tradução ao espanhol de Eugenio Ímaz. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 256. Título original: **Essay of man**.

serem lembrados, celebrados em festas populares e datas religiosas, Nietzsche refere sobre a possibilidade de sua distorção, pela tentativa de o historiador tornar os fatos mais belos do que realmente são, aproximando essa atividade intelectual da livre invenção<sup>132</sup>. Seguindo o raciocínio sobre as adversidades do historicismo, denuncia os riscos na formação de uma História-Antiquário, que menoscaba a possibilidade de mudanças, sendo somente capaz de “*conservar* la vida, pero no de engrendarla.”<sup>133</sup> Por fim, o filósofo arquiteta o conceito de História Crítica, mediante a qual o homem poderá levar a julgamento o passado, sempre o condenando – “ya que todo pasado es digno de ser condenado”<sup>134</sup> –, destruindo seus alicerces, para erguer um novo modelo; mas se expõe a perigos devido aos juízos que realiza nesse mister sem recorrer a uma fonte pura de conhecimento. Baseado nessa contingência, Nietzsche concluirá afirmando que, da mesma forma que somos resultantes de gerações anteriores, também poderemos ser resultado de seus equívocos e aberrações<sup>135</sup>. O que restará?

Se não se pode, segundo essa linha de raciocínio, sustentar a reinterpretação de acontecimentos históricos que edulcora a verdade; a conservação deles de modo a estagnar a vida, inviabilizando o progresso humano; ou a crítica tendente à revisão histórica, que produz equívocos e giros históricos mal-intencionados, só será lícito propugnar a ocorrência de um impulso construtivo que atue sobre o sentido histórico, que permita ao homem derrubar o antigo – e passado – modelo, para construir em seu lugar um novo.<sup>136</sup> Assim, o sentido

---

<sup>132</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **Sobre la utilidad y el perjuicio de la historia para la vida.** [II Intempestiva]. 2.ed. Tradução ao espanhol de Germán Cano. Madri: Editorial Biblioteca Nueva, 2003. p. 57.

<sup>133</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **Sobre la utilidad y el perjuicio de la historia para la vida.** [II Intempestiva]. 2.ed. Tradução ao espanhol de Germán Cano. Madri: Editorial Biblioteca Nueva, 2003. p. 64.

<sup>134</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **Sobre la utilidad y el perjuicio de la historia para la vida.** [II Intempestiva]. 2.ed. Tradução ao espanhol de Germán Cano. Madri: Editorial Biblioteca Nueva, 2003. p. 65.

<sup>135</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **Sobre la utilidad y el perjuicio de la historia para la vida.** [II Intempestiva]. 2.ed. Tradução ao espanhol de Germán Cano. Madri: Editorial Biblioteca Nueva, 2003. p. 66.

<sup>136</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **Sobre la utilidad y el perjuicio de la historia para la vida.** [II Intempestiva]. 2.ed. Tradução ao espanhol de Germán Cano. Madri: Editorial Biblioteca Nueva, 2003. p. 96.

histórico não deve ser entendido como desenvolvimento linear da História, a qual, aliás, descreve rupturas a cada esgotamento de paradigma. A propósito disso, e a modo de desvelar o sistema nietzschiano, Foucault faz referência à História *efetiva*, que “se distingue daquela dos historiadores por não se apoiar em nenhuma constância: nada no homem, nem seu próprio corpo, é bastante fixo para compreender os outros homens e neles se compreender.”<sup>137</sup> O sentido histórico concebido por Nietzsche antes de compaginar-se com a perspectivação do homem como o resultado do acúmulo de experiências milenares, corresponderá à concepção do Mundo da atuação; de maneira que a História já não será de pura fluidez. Por isso, dir-se-á que as forças que provocam os acontecimentos históricos, nem obedecem a destinações específicas nem atuam mecanicamente, mas decorrem do acaso da luta<sup>138</sup>. Assim, será possível entender que o sentido histórico reconhece que a vida do homem não obedece a um sistema de coordenadas originárias, mas é resultado de variegados acontecimentos dispersos<sup>139</sup>.

A crítica de Nietzsche pode aplicar-se ao modelo de historicismo engendrado por Hegel e ao cientificismo dos que o sucederam, como Croce, ao mesmo tempo em que toma distância do embate entre deterministas (convictos da existência de uma natureza pré-dada ao homem) e historicistas (a postularem o método científico para a História), como o que é denunciado por Strauss, ao apresentar a contraposição entre direito natural e o *convencionalismo*<sup>140</sup>. De suas reflexões críticas, já será permitido sustentar que o

<sup>137</sup> FOUCAULT, Michel. **Arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento**. 2.ed. Organização e seleção de textos de Manoel Barros da Motta; tradução de Elisa Monteiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 272. Título original: **Dits et écrits**.

<sup>138</sup> FOUCAULT, Michel. **Arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento**. 2.ed. Organização e seleção de textos de Manoel Barros da Motta; tradução de Elisa Monteiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 273. Título original: **Dits et écrits**.

<sup>139</sup> FOUCAULT, Michel. **Arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento**. 2.ed. Organização e seleção de textos de Manoel Barros da Motta; tradução de Elisa Monteiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 273. Título original: **Dits et écrits**.

<sup>140</sup> STRAUSS, Leo. **Natural right and history**. Chicago: The University of Chicago Press, s/d, *maxime* cap. I, p. 9-34. O professor da Universidade de Chicago, ao tratar da diversidade de noções acerca do direito, denomina de *convencionalism* à perspectiva intelectual que rejeita as

método histórico de análise dos acontecimentos não deve se enformar ao trabalho intelectual de descrição de fatos, numa tentativa de estabelecer a *verdade* histórica. Primeiro, porque o relato histórico será apenas resultante da visão (parcial) de quem estuda determinado acontecimento, sujeito, pois, a toda sorte de influências, como as idiossincrasias do historiador e sua *Weltanschauung*. De maneira que já não será possível a subsunção de fatos a critérios de estabelecimento da verdade, pois que estes são pessoais e não aferíveis. As verificações históricas, por outras palavras, antes de confundirem-se com o eleatismo, radicando a verdade no racionalismo, sujeitam-se a circunstâncias que impedem a comprovação empírica. Em segundo lugar, porque em vez de os acontecimentos históricos dependerem de causas que se enfeixam num conjunto consequencial, a estabelecer um liame coerente de acontecimentos, dependem da contingência errática da vida humana, que responde à circunstância. Assim, a ideia de estatismo presente no pensamento hegeliano pode não ser suficiente para explicar a evolução das liberdades, uma vez que outras circunstâncias para além do Estado influíram para sua consecução; nem muito menos para se compreender o surgimento e o devir dos Direitos Humanos.

A propósito de tratar dos problemas epistemológicos da História, Gadamer refere que a consciência histórica do homem moderno se acomoda na percepção de historicidade do presente, mas, também, na consciência de relatividade das opiniões<sup>141</sup>. Por outras palavras, a compreensão das ciências humanas, de uma forma geral, por um lado, recusa o posicionamento reducionista acerca dos fenômenos humanos, e, como consequência disso, por outro lado,

---

ideias de direito natural (p. 10). Apesar do viés de filosofia política desse trabalho, veem-se nele importantes aproximações relativamente ao problema aqui abordado, especialmente quando o autor caracteriza, de um lado, o pensamento jusnaturalista e suas pretensões revolucionárias ao *fin de siècle*, propugnando princípios universais, não datados (p. 13), de outro, o historicismo que, para além de radicar-se na premissa de o pensamento estar fulcrado na cultura, na civilização, na *Weltanschauung*, aparece como reação à Revolução Francesa de 1789 e ao direito natural (p. 12-13) e, pois, aos postulados teológicos e metafísicos, que passaram a ser considerados superados (p. 16).

<sup>141</sup> GADAMER, Hans-Georg. **El problema de la conciencia histórica**. 3. ed. Tradução ao espanhol de Agustín Domingo Moratalla. Madri: Editorial Tecnos, 2007, p. 41. Título original: **Le problème de la conscience historique**.

admite a multiplicidade de pontos de vista; de maneira que “La conciencia moderna toma – justamente como «conciencia histórica» - una posición reflexiva en la consideración de todo aquello que es entregado por la tradición.”<sup>142</sup>

Se para o historiador há já dificuldades quanto ao estabelecimento de linhas etiológicas que expliquem acontecimentos históricos, então a possibilidade de criarem-se leis científicas para a previsão do futuro torna-se impraticável. Em primeiro lugar, porque, diferentemente da ciência natural, a História não se concilia com o método empírico. O objeto desse conhecimento é manejado de forma diferente do que o das ciências naturais: o historiador recorrerá às interpretações para intuir determinadas posições acerca de acontecimentos históricos. É por esse motivo que Cassirer desloca a História do campo da ciência natural para o da hermenêutica, onde o historiador em vez de experimentar passa a reconstruir mentalmente fatos de importância para a História<sup>143</sup>. Em segundo lugar, mesmo sendo possível a constatação de regularidades de fenômenos, o historiador não poderá ter segurança para fazer outra coisa senão prever regularidades; de maneira que a explicação de fatos singulares não se aplicará como regra geral de História<sup>144</sup>, porque, como já referido, os acontecimentos históricos tangenciam as circunstâncias, em vez de se desenvolverem linearmente.

Com o conjunto de características acerca da História, é já possível definir alguns traços epistemológicos para a compreensão dos Direitos Humanos arrancando-se do perspectivismo histórico, quando se procura justificar seu prolongamento no tempo mesmo diante da quebra dos paradigmas da modernidade, que permite constatar o surgimento de uma nova época.

---

<sup>142</sup> GADAMER, Hans-Georg. **El problema de la conciencia histórica**. 3. ed. Tradução ao espanhol de Agustín Domingo Moratalla. Madri: Editorial Tecnos, 2007, p. 43. Título original: **Le problème de la conscience historique**.

<sup>143</sup> CASSIRER, Ernst. **Antropología filosófica**. Introducción a una filosofía de la cultura. 2. ed. Tradução ao espanhol de Eugenio Ímaz. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 287. Título original: **Essay of man**.

<sup>144</sup> GADAMER, Hans-Georg. **El problema de la conciencia histórica**. 3. ed. Tradução ao espanhol de Agustín Domingo Moratalla. Madri: Editorial Tecnos, 2007, p. 49-50. Título original: **Le problème de la conscience historique**.



### 1.3.1 A *História como sistema*<sup>145</sup> de compreensão do homem: a supressão do cartesianismo em uma nova perspectiva epistemológica

#### 1.3.1.1 O programa de filosofia da História de Ortega y Gasset

O racionalismo nascido com o *cogito* cartesiano – fundando a ideia de essencialidade da existência na racionalidade, que pode ser formulado como  $r \rightarrow e$  (se racional, então existe)<sup>146</sup> –, auspiciará o positivismo e a crença na prevalência das ciências naturais, da *epistème*, *tout court*, sobre as demais fontes de conhecimento. Por causa disso, seguir-se-ão o período de cientificismo que dominará diversos campos do saber, e a redução da ideia do bom naquilo que for atestável pela ciência; o que representa, no entender de Sousa Santos, um totalitarismo que exclui o caráter racional de outras formas de conhecimento<sup>147</sup>. O historicismo é o representante dessa tendência totalizante com relação ao domínio de estudos de História.

Não se pode, evidentemente, descartar o *leitmotiv* moral da existência humana, que está em sua consciência do tempo, ou na consciência histórica, que autoriza o homem a melhorar-se, através de processos de reconstrução de seus modelos, às vezes, de reinvenção. Mas se torna complexa a tarefa de entender o surgimento de alguns atributos institucionalizados do homem, como o que aqui se está a tratar, o conjunto de Direitos Humanos, sob esse enfoque racionalista. Porque essa metódica encontraria a oposição oferecida pelos fatos, que demonstram não ocorrer nessa matéria um progresso linear, como sucessão de acontecimentos tendentes sempre à melhora, mas, antes, um

<sup>145</sup> A referência é explícita à obra de José Ortega y Gasset.

<sup>146</sup> SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Metodologia do ensino jurídico**. Aproximação ao método e à formação do conhecimento jurídico. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 157.

<sup>147</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 13. ed. Porto: Edições Afrontamento, 2002, p. 10.

caminhar que por vezes retrocede alguns passos, para, após, retomar o percurso. Os Direitos Humanos, ainda que não declarados por documentos políticos internacionais no início do século XX, mas cristalizados nas constituições sob a denominação de direitos do homem, direitos de liberdade ou direitos individuais, sofreram reveses nas duas grandes Guerras Mundiais; e mesmo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e Convenções Internacionais que lhe sucederam, episódios cruents continuaram a por em causa a ideia de sua universalidade; em pleno século XXI, já superadas em muitos anos as guerras étnicas nos Bálcãs e nos Estados da África central e do norte, ainda se tem notícia de violentas agressões contra cidadãos de enclaves autocráticos no Mundo árabe e na Ásia. Tudo sob o olhar atônito da Comunidade Internacional, que pouco pode fazer para por cobro à situação. No atual estágio, em que o território dos Direitos Humanos faz linde com outro campo de preocupações – numa última análise, também como desdobramentos dos Direitos Humanos – como as relacionadas com o meio ambiente e a dissolução do conflito entre tradição cultural e proteção aos animais, a problemática relacionada com aquele âmbito de direitos não está pacificada – e nunca estará. Por isso, a proposta, a um só tempo fenomenológica, ontológica e filosófico-histórica de José Ortega y Gasset, parece adequada a estabelecer alguns traços epistemológicos acerca dos Direitos Humanos.

Apesar de os estudiosos denunciarem a fragmentariedade de seu trabalho e a falta de um sistema filosófico, Ortega concebeu em diversos ensaios um conjunto de ideias que pode ser entendido como uma teoria da História<sup>148</sup>. Na fase inicial de sua obra, mostra-se contagiado pelo historicismo, que

---

<sup>148</sup> FERNANDES, António Horta. **Entre a História e a vida**. A teoria da História em Ortega y Gasset. S/l.: Edições Cosmos, 2006, *passim*. Marías discreta sobre o conjunto da obra orteguiana que é, a todas as luzes, fragmentária, pois seu interesse “não se limitou às questões estritamente filosóficas, mas levou seu ponto de vista filosófico a todos os temas vivos: a literatura, a arte, a política, a história, a sociologia, os temas humanos foram tratados por ele; e a respeito de uma imensa quantidade de questões pode-se encontrar alguma página de Ortega da qual se recebe uma iluminação que com frequência se espera em vão de grossos volumes.” (MARÍAS, Julián. **História da filosofia**. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 495. Título original: **Historia de la filosofía**). Canto, já no prólogo de seu livro, refere que “No hay un sistema de Ortega; hay sólo una actitud del pensador español ante sus circunstancias.” (CANTO, Patricio. **El caso Ortega y Gasset**. Buenos Aires: Ediciones Leviatán, s/d, p. 9). Kujawski, por

se torna elemento de fusão entre as questões que lhe são problemáticas e o arranjo de ideias. Afinal, como terá dito em **Vieja y nueva política** (1914), a substância histórica significará “la sensibilidad íntima de cada pueblo” e ela está, em todas as épocas, em transformação<sup>149</sup>. Há, pois, para Ortega, um *lógos* histórico que coordena a vida da sociedade, determinando sua essência ao longo dos tempos. Mas a preocupação central do filósofo espanhol, que resultará na determinação da *realidade radical* (a qual coloca o homem em contato com as coisas que o circundam, sua *circum-stantia*, e que, portanto, determinarão *aquilo que é* na medida em que interage<sup>150</sup>), numa aproximação da fenomenologia, é o homem – o ser de percepções que tangencia o Mundo, conhecendo sua circunstância e escrevendo a própria História. De forma que o homem na compreensão orteguiana, não será mero joguete da sorte, pois sua vida, como escreve em **El origen deportivo del Estado** (1924) é “tratar con el mundo, dirigirse a él, actuar en él, ocuparse de él”; e justamente por isso – por essa condição de vida –, não poderá “renunciar a poseer una noción completa del mundo, una idea integral del Universo.”<sup>151</sup> Já será um ponto de partida para estabelecer as premissas de uma historiologia.

Depreende-se do bosquejo inicial sobre o programa filosófico orteguiano, uma oposição à ideia de natureza humana. O que será confirmado de forma explícita no trabalho tardio do filósofo, **Una interpretación de la historia universal** (1948-1949), ao destacar que, diferentemente da pedra, da planta e do animal, que são o que podem ser desde o início, o homem “cuando empieza a existir no trae prefijado o impuesto lo que va a ser, sino que, por el contrario, trae

---

seu turno, destaca que, apesar de fragmentário, Ortega y Gasset é um filósofo sistemático no trato dos múltiplos temas de seu interesse – podendo-se falar de um sistema orteguiano –, deixando uma obra em que se percebem categorias-chave (KUJAWSKI, Gilberto de Mello. **Ortega y Gasset: a aventura da razão**. São Paulo: Moderna, 1994, p. 16-17).

<sup>149</sup> ORTEGA Y GASSET, José. *Vieja y nueva política*. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo I (1902-1915). Madri: Taurus, 2004, p. 713.

<sup>150</sup> É por demais conhecida a fórmula orteguiana escrita nas **Meditaciones del Quijote** (1914): “Yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella, no me salvo yo” (ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo I (1902-1915). Madri: Taurus, 2004, p. 757).

<sup>151</sup> ORTEGA Y GASSET, José. *El origen deportivo del Estado*. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo II. Madri: Alianza Editorial, 1998, p. 607.

prefijada e impuesta la libertad para elegir lo que va a ser dentro de un amplio horizonte de posibilidades.”<sup>152</sup> A única característica prefixada da vida humana, que impõe ao homem, de acordo com Ortega, uma espécie de condenação e de trágico destino, é a relacionada com o poder de escolher; mas ao estar condenado a ter de escolher, decidindo, pois, seu próprio ser, o homem torna-se responsável ante si próprio<sup>153</sup>. Por outras palavras, o que virá a ser o homem diz respeito a ele próprio, às escolhas que fizer ao longo da vida; o homem, afinal, como o filósofo salientara em **Historia como sistema** (1941), “es el ente que se hace a sí mismo”<sup>154</sup>. Mas como entender as escolhas da vida e sua importância para o devir do homem?

Ortega já bem antes havia amadurecido as reflexões acerca de História, mas não era, com efeito, precursor do discurso crítico contra o cientificismo – o movimento que a *intelligentsia* de seu tempo idealizara como difusor de saberes credíveis e, principalmente, não permeáveis com a *doxa*, marcados, em razão disso, com maior dignidade –, nem contra o historicismo – naquela sua vertente reducionista e definidora da primazia desse ramo de estudos sobre os demais. No entanto, terá o mérito de apontar os equívocos das duas influências que dirigiram os estudiosos da História entre os séculos XIX e XX. Em **La historiología** (1928), Ortega, partindo da análise do trabalho do historiador alemão Ranke, sublinha seu errôneo conceito de *Ideias históricas*, que mais se aproxima do relato de fatos representativos da realidade histórica, do que compreensão da História. O escrutínio de fatos, a que chama de “anatomía de lo real histórico”, é apenas narração histórica<sup>155</sup>; uma atividade de arquivista, filólogo ou arqueólogo, que lida com dados<sup>156</sup>; que como tais, são manifestações da

---

<sup>152</sup> ORTEGA Y GASSET, José. Una interpretación de la historia universal. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo IX. Madri: Alianza Editorial, 1997, p. 14.

<sup>153</sup> ORTEGA Y GASSET, José. Una interpretación de la historia universal. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo IX. Madri: Alianza Editorial, 1997, p. 14.

<sup>154</sup> ORTEGA Y GASSET, José. Historia como sistema. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo VI. Madri: Alianza Editorial, 1997, p. 33.

<sup>155</sup> ORTEGA Y GASSET, José. La historiología. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo VIII. (1926-1932). Madri: Taurus, 2008, p. 19.

<sup>156</sup> ORTEGA Y GASSET, José. La historiología. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo VIII. (1926-1932). Madri: Taurus, 2008, p. 20.

realidade, inseridas num Mundo de variações<sup>157</sup>. Mas, numa análise aprofundada, se forem retirados os dados históricos, restará um esqueleto, um todo de ingredientes constantes, em relação ao qual se há de determinar a natureza da História, pela historiologia; de maneira que “La determinación de ese núcleo categórico es el tema principal de la historiología.”<sup>158</sup>

Se nesse ensaio Ortega não resolve o problema da historiologia, nem apresenta um conceito acabado de meta-história, em trabalhos que o antecederam cuidou de esbater os problemas metodológicos, resultando no necessário substrato para compreender, numa outra fase de sua obra, a História como sistema. Em **A la decadencia de occidente, de Oswald Spengler** (1923), após centrar sua crítica nos trabalhos de Hegel, Buckle, Taine, Ratzel, Chamberlain e Marx, para os quais a História derivaria de estudos catalisadores, como o da dialética dos conceitos, o da geografia, o da antropologia e da economia, como se não houvesse realidade propriamente histórica; e também criticar o método que se conforma com a simples recolha de dados, Ortega passa a deblaterar a atitude de estudiosos consistente em compartimentar a História<sup>159</sup>. Os estudos de História não podem ser realizados, dá a entender, originando-se-os de um esquema cartesiano de análise, em que os segmentos são escrutinados separadamente, mas, ao invés, devem derivar de uma compreensão de estrutura, uma vez que as realidades históricas antecedentes ao objeto investigado pelo historiador são, também, fundamentais para que se perceba a ocorrência de um “processo vital”<sup>160</sup>. Para além disso, condenará, em **El tema de nuestro tiempo** (1923), o racionalismo cartesiano, qualificando-o de anti-histórico. Porque por esse método, o homem radica a certeza no ato de racionalização, que só corre risco de erro, de acordo com Descartes, na medida em que a vontade, mais ampla que o entendimento,

<sup>157</sup> ORTEGA Y GASSET, José. La historiología. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo VIII. (1926-1932). Madri: Taurus, 2008, p. 21.

<sup>158</sup> ORTEGA Y GASSET, José. La historiología. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo VIII. (1926-1932). Madri: Taurus, 2008, p. 21.

<sup>159</sup> ORTEGA Y GASSET, José. La decadencia de occidente, de Oswald Spengler. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo III. (1917-1925). 3. ed. Madri: Taurus, 2006, p. 417.

<sup>160</sup> ORTEGA Y GASSET, José. La decadencia de occidente, de Oswald Spengler. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo III. (1917-1925). 3. ed. Madri: Taurus, 2006, p. 417.

intervier sobre o objeto ainda não entendido<sup>161</sup>. O equívoco do filósofo francês estará no fato de desdenhar as ideias e crenças não construídas pela “pura intelecção”, deixando de considerar que “La pura intelección o razón no es otra cosa que nuestro entendimiento funcionando en el vacío, sin traba alguna, atendido a sí mismo y dirigido por sus propias normas internas.”<sup>162</sup>; crítica que resultará no perspectivismo filosófico, segundo o qual “La perspectiva es uno de los componentes de la realidad.”<sup>163</sup>; e será falsa a ideia de defender-se uma única perspectiva como verdadeira<sup>164</sup>.

Ao defender o perspectivismo, Ortega pretende afirmar a inexistência de verdades absolutas, quaisquer que sejam, e, no âmbito de sua historiologia, obviamente, também as referidas à História. Se se pensar que “Cada individuo es un punto de vista esencial”, então uma possível verdade absoluta só poderá ser depreendida da justaposição de todas verdades parciais; mas o conhecimento de todas as verdades parciais, pela soma das perspectivas individuais, é fenômeno só atribuível a Deus<sup>165</sup>.

Aqui está consolidado o conjunto de categorias desenvolvido no programa de filosofia da História, que já será suficiente para dar acabamento ao que Ortega concebeu como **Historia como sistema** (1941).

### 1.3.1.2 A História compreendida como um sistema

Na medida em que o cartesianismo propõe a equivalência

<sup>161</sup> ORTEGA Y GASSET, José. El tema de nuestro tiempo. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo III. (1917-1925). 3. ed. Madri: Taurus, 2006, p. 574.

<sup>162</sup> ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo III. El tema de nuestro tiempo. In ORTEGA Y GASSET, José. (1917-1925). 3. ed. Madri: Taurus, 2006, p. 574.

<sup>163</sup> ORTEGA Y GASSET, José. El tema de nuestro tiempo. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo III. (1917-1925). 3. ed. Madri: Taurus, 2006, p. 613.

<sup>164</sup> ORTEGA Y GASSET, José. El tema de nuestro tiempo. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo III. (1917-1925). 3. ed. Madri: Taurus, 2006, p. 614.

<sup>165</sup> ORTEGA Y GASSET, José. El tema de nuestro tiempo. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo III. (1917-1925). 3. ed. Madri: Taurus, 2006, p. 616.

entre o Mundo da realidade e o Mundo da razão, ou seja, “que la realidad tiene una organización coincidente con la del intelecto humano”<sup>166</sup>, o perspectivismo orteguiano dele se afastará para um pólo diametralmente oposto, procurando novas formas de justificar as ciências humanas, e a realização da História. Ortega, a propósito, chegará a defender a hermenêutica como o método a ser utilizado pelo historiador, numa clara forma de recusar o absolutismo de ideias<sup>167</sup>. Mas a compreensão da História passará por uma rigorosa análise sobre a circunstância do período entre os séculos XV e XVI que, para Ortega, são séculos de “atroz inquietud”, ou de verdadeira crise<sup>168</sup>, aquele fenômeno que a ensaísta espanhola María Zambrano, cujo trabalho está prenhe do ideário do filósofo compatriota, refere como sendo “el momento largo o corto, intrincado y confuso siempre, en que pasado y futuro luchan entre si.”<sup>169</sup> É desse contexto que sobressai o racionalismo, e, mais tarde, o cientificismo, que, segundo entende Ortega, deturpam a estruturação metodológica da História.

Ortega não chega a declarar a ocorrência de uma crise em seu tempo, mas põe a claro o esgotamento do modelo que já completava trezentos anos de existência. Os estudos das ciências naturais não haviam dissecado a vida do homem, nem muito menos sua tessitura em forma de vida social. Porque “Lo humano se escapa a la razón físico-matemática como el agua por una canastilla.”<sup>170</sup> A vida humana – e o mesmo vale para a vida social – completará o filósofo, não é uma coisa, nem possui uma natureza, de forma que ela precisa ser

<sup>166</sup> ORTEGA Y GASSET, José. Historia como sistema. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo VI. Madri: Alianza Editorial, 1997, p. 16.

<sup>167</sup> ORTEGA Y GASSET, José. Una interpretación de la historia universal. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo IX. Madri: Alianza Editorial, 1997, p. 36-37.

<sup>168</sup> ORTEGA Y GASSET, José. Historia como sistema. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo VI. Madri: Alianza Editorial, 1997, p. 18.

<sup>169</sup> ZAMBRANO, María. **Persona y democracia**. 2. ed. Madri: Ediciones Siruela, 2004, p. 34-35. É durante as crises, continua a autora, que “una minoría creadora, que se adelanta abriendo el futuro: en el pensamiento, en la ciencia, en la técnica, en la política, en el arte, en suma: en cualquier género de actividad creadora (op. cit., p. 35).

<sup>170</sup> ORTEGA Y GASSET, José. Historia como sistema. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo VI. Madri: Alianza Editorial, 1997, p. 24.

pensada por meio de categorias diversas daquelas do racionalismo<sup>171</sup>.

A razão físico-matemática falha ao pretender escrutinar os problemas do homem, não podendo fazer mais que procurar a natureza humana<sup>172</sup>. Por esse motivo, abre-se a possibilidade (real e que supera o antigo modelo) de deduzir-se ontologicamente o ser humano, que é mais que uma coisa, é um *drama*: “su vida, un puro y universal acontecimiento que acontece a cada cual y en que cada cual no es, a su vez, sino acontecimiento.”<sup>173</sup> Como acontecimento, o homem não encontra as coisas, mas as põe ou as supõe; de maneira que seu existir em vez de lhe ser entregue pronto, será construído com o enfrentamento das dificuldades; daí que a única coisa prefixada na vida humana seja o ter de fazê-la, sempre, com o exercício da liberdade; “La vida es un gerundio y no un participio: un *faciendum* y no un *factum*. La vida es *quehacer*. La vida, en efecto, da mucho que hacer.”<sup>174</sup> A partir daqui surgirão novos problemas ontológicos: como o homem perspectivará seu *que-fazer*? O que substantivará esse *que-fazer*?

O *que-fazer*, em verdade, não é o ponto de chegada do homem, mas apenas o expediente para que possa estabelecer sua vida e decidir o *que vai ser*. Trata-se não simplesmente de uma atividade em oposição à situação estática – e, portanto, nem todo *fazer* cabe na categoria orteguiana –, mas é a ação do homem precedida das definições de um *porque* e de um *para que*<sup>175</sup>. Essa primeira e necessária constatação, conduz a entender que a liberdade para escolher e fazer dará orientação e objetivo para a vida. Cada qual deve estabelecer um programa geral de vida para si; esse *programa vital* é aquilo que o homem escolhe dentre as várias possibilidades que se abrem diante dele; essas possibilidades não são, em primeiro lugar, *presenteadas*, mas são criadas, por um

<sup>171</sup> ORTEGA Y GASSET, José. Historia como sistema. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo VI. Madri: Alianza Editorial, 1997, p. 25.

<sup>172</sup> ORTEGA Y GASSET, José. Historia como sistema. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo VI. Madri: Alianza Editorial, 1997, p. 32.

<sup>173</sup> ORTEGA Y GASSET, José. Historia como sistema. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo VI. Madri: Alianza Editorial, 1997, p. 32.

<sup>174</sup> ORTEGA Y GASSET, José. Historia como sistema. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo VI. Madri: Alianza Editorial, 1997, p. 32-33.

<sup>175</sup> MARÍAS, Julián. **Acerca de Ortega**. Madri: Editorial Espasa Calpe, 2000, p. 28.



impulso original, ou por recepção dos demais homens, que fazem parte de sua circunstância (que, em verdade, é por si encontrada e lhe é dada); em segundo lugar, a condição de ter de escolher uma possibilidade não é prefixada, mas advém do agir livre do homem; e essa liberdade não é, pois, pressuposta de um ser fixo<sup>176</sup>, já que ser livre “quiere decir carecer de identidad constitutiva, no estar adscrito a un ser determinado”<sup>177</sup>. Com esses pressupostos, Ortega assenta a premissa de que a vida humana, antes de modificar-se pelo acaso, é ela substancialmente feita de modificações, sendo, por isso, impraticável pensá-la “eleáticamente como sustancia.”<sup>178</sup>

O *programa vital* põe diante do homem uma diversidade de *possibilidades de ser*; mas enquanto está sendo, há atrás de si *o que foi*; e *o que foi*, entende Ortega, atua de forma negativa sobre *o que se pode ser*<sup>179</sup>. A asserção ganha vigor quando se pensa na vida política europeia: tudo o já experimentado, do sistema feudal à democracia, continua atuando nos povos europeus, sem que, contudo, se repitam os experimentos: “El hombre europeo sigue siendo todas esas cosas [democrata, liberal, absolutista, feudal], pero lo es en la «forma de haberlo sido».”<sup>180</sup>

A primeira leitura feita do trecho citado pode fazer incorrer em erro se se pressupor que o *continuar sendo* equivale à acumulação de experiências verificáveis no *nunc* histórico, como produto melhorado, *tout court*. Ortega, já se sabe, antagoniza com o historicismo, e não parece, ao aprofundar-se no conhecimento de seu programa de filosofia da História, que cairia num equívoco de incongruência. Dessa maneira, impõe-se o entendimento de que o *continuar sendo*

<sup>176</sup> ORTEGA Y GASSET, José. Historia como sistema. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo VI. Madri: Alianza Editorial, 1997, p. 33-34.

<sup>177</sup> ORTEGA Y GASSET, José. Historia como sistema. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo VI. Madri: Alianza Editorial, 1997, p. 34.

<sup>178</sup> ORTEGA Y GASSET, José. Historia como sistema. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo VI. Madri: Alianza Editorial, 1997, p. 35.

<sup>179</sup> ORTEGA Y GASSET, José. Historia como sistema. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo VI. Madri: Alianza Editorial, 1997, p. 37.

<sup>180</sup> ORTEGA Y GASSET, José. Historia como sistema. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo VI. Madri: Alianza Editorial, 1997, p. 37.

não descreve um vetor de progresso, e nem poderia numa *realidade radical* (a vida tangenciando as coisas de sua circunstância), que é errática; mas significa a carga de conhecimento acerca do *que se foi*, possibilitando ao homem evitar as escolhas ruins historicamente atestadas.<sup>181</sup>

É claro que Ortega não refuta o progresso, nem a capacidade de aperfeiçoamento humano: entende, apenas, que diante da diversidade de oportunidades encontradas ou postas – a circunstância com a qual tangencia –, o homem tende a fazer escolhas baseadas nas experiências, que, no entanto, são irrepetíveis. O ser do homem, dirá, “es irreversible, está ontológicamente forzado a avanzar siempre sobre sí mismo”; não por que esteja preso a uma incontornável dimensão temporal, pois “el tiempo no vuelve porque el hombre no puede volver a ser lo que ha sido.”<sup>182</sup>

As experiências vivenciadas transcendem o âmbito do que individualmente cada qual tenha feito no passado: elas estão, também, arraigadas no que os antepassados de cada sociedade possam transmitir, nas suas mais diversas expressões de vida comunitária. De maneira que essas expressões, intelectuais, morais, políticas etc., convertam-se em *vigência social* com o passar dos tempos, deixando, pois, de ser simples manifestações espontâneas<sup>183</sup>. Mas há o momento em que os usos atingem o esgotamento, e novas opiniões ou crenças coletivas passam a atuar pretendendo mudanças. Quando a sociedade aponta para o novo, v.g., na vida política, também *continua atuando* a cópia de experiências do passado, e a sociedade prossegue sendo na forma de *tê-lo sido*<sup>184</sup>. As atitudes que nessa área adotar, não fazem parte somente de um projeto político

<sup>181</sup> ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo VI. Madri: Alianza Editorial, 1997, p. 37. Leiamo-lo em suas palavras: “Si no hubiese hecho esas experiencias [da vida política], si no las tuviese a su espalda y no las siguiese siendo en esa peculiar forma de haberlas sido, es posible que ante las dificultades de la vida política actual se resolviese a ensayar con ilusión alguna de esas actitudes. Pero «haber sido algo» es la fuerza que más automáticamente impide serlo.”

<sup>182</sup> ORTEGA Y GASSET, José. Historia como sistema. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo VI. Madri: Alianza Editorial, 1997, p. 37

<sup>183</sup> ORTEGA Y GASSET, José. Historia como sistema. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo VI. Madri: Alianza Editorial, 1997, p. 37-38.

<sup>184</sup> ORTEGA Y GASSET, José. Historia como sistema. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo VI. Madri: Alianza Editorial, 1997, p. 38.

esquemáticamente concebido, nem se trata de uma ocorrência casual, mas são já resultado da experiência passada<sup>185</sup>.

O raciocínio de Ortega acerca da *História como sistema*, entrecruza-se com outra categoria por si formulada, a da *realidade radical*, que é, *tout court*, a vida tangenciada pelas coisas da circunstância. Esta realidade, que não é demonstrável pelo raciocínio físico-matemático, é pura presença, é o *hic et nunc* perceptível como fenómeno, que emana do agir humano sobre as coisas, com a finalidade de tratar com a circunstância. Esse agir é o meio transformador do homem, cuja vida compreendida como em constante *faciendum*, não é prefigurada e nem amoldável eleaticamente. O homem tem de escrever sua vida, porque ela não lhe é dada pronta e acabada, e recorrentemente vale-se das experiências passadas para fazer suas escolhas, e, por isso, vive na forma de ter sido. Disso já se pode arrancar o conjunto de regras acerca da História como sistema:

a) o passado, por manifestar-se na vida, é também presença e é, pois, realidade radical: “La vida como realidad es absoluta presencia: no puede decirse que *hay* algo si no es presente, actual”<sup>186</sup>;

b) se o passado atua na vida do homem, na da sociedade, então ele é o seu momento de identidade. Mas se o homem não é um ser eleático, ele é o que não *foi*<sup>187</sup>;

c) para se compreender o homem, na sua veste individual ou coletiva, a razão pura físico-matemática dará lugar à *razão narrativa*. Ora, “Este hombre, esta nación hace tal cosa y es así *porque* antes hizo tal otra y fue de tal otro modo. La vida solo vuelve un poco transparente ante la *razón histórica*”<sup>188</sup>;

<sup>185</sup> ORTEGA Y GASSET, José. Historia como sistema. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo VI. Madri: Alianza Editorial, 1997, p. 38.

<sup>186</sup> ORTEGA Y GASSET, José. Historia como sistema. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo VI. Madri: Alianza Editorial, 1997, p. 39.

<sup>187</sup> ORTEGA Y GASSET, José. Historia como sistema. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo VI. Madri: Alianza Editorial, 1997, p. 39.

<sup>188</sup> ORTEGA Y GASSET, José. Historia como sistema. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras**

d) diante de sua circunstância, o homem idealiza um programa de vida, que pode responder satisfatoriamente às dificuldades que se lhe apresentarem; mas diante de novos problemas, concebe outro programa de vida, não só com base na circunstância, mas, também, no anterior programa, quando evita ser o que foi, e assim sucessivamente, de maneira que o homem *vai sendo e des-sendo*. “Esta dialéctica no es de la razón lógica, sino precisamente de la histórica”<sup>189</sup>;

e) como as experiências de vida atuam no que vai ser o homem, sem que ele se repita, então pode predizer-se aquilo que o homem não será, mas não, seguramente, o que será<sup>190</sup>.

### 1.3.2 Um quadro epistemológico dos Direitos Humanos

A principal dificuldade enfrentada ao tratar-se dos Direitos Humanos é a de compreender seus limites conceituais. Não há, evidentemente, um só conceito e as posições ideológicas datadas alteram sensivelmente os contornos da matéria. A concepção das liberdades inscritas em documentos políticos de fins do século XVIII, que contêm a juridicidade necessária ao posterior desdobramento dos direitos de primeira Geração em Direitos Humanos<sup>191</sup>, já não é a mesma da fase pós-liberal; e a técnica da constitucionalização dos direitos de liberdade, que os transporta das declarações de direitos para as Constituições, de modo a fazerem parte dos fundamentos do Estado, por um lado, e a

---

**completas.** Tomo VI. Madri: Alianza Editorial, 1997, p. 40.

<sup>189</sup> ORTEGA Y GASSET, José. Historia como sistema. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas.** Tomo VI. Madri: Alianza Editorial, 1997, p. 41.

<sup>190</sup> ORTEGA Y GASSET, José. Historia como sistema. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas.** Tomo VI. Madri: Alianza Editorial, 1997, p. 41.

<sup>191</sup> Os direitos humanos, refere Garcia, “nascem como direitos fundamentais, ou seja, primeiramente são concebidos como direito interno, como direitos do cidadão, mas ainda como direito nacional-interno com ampla vocação e pretensão universal como direitos do homem genérico, referindo-se a todos os seres humanos.” (GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. In CRUZ, Paulo Márcio et STELZER, Joana (Orgs.). **Direito e transnacionalidade.** Curitiba: Juruá, 2010, p. 176).

internacionalização dos Direitos Humanos em tratados e convenções a partir do pós-Segunda Guerra Mundial, por outro lado, criará um divisor de águas entre essas duas categorias de direitos. Depois desse momento de maturação, já se pode falar de Direitos Humanos da modernidade tardia. Piovesan, antes de abordar a configuração contemporânea dos Direitos Humanos, apresenta os diferentes matizes acerca da matéria, e, citando Bobbio, refere que não é ela posta de uma só vez, nem definitivamente<sup>192</sup>, supondo um processo evolutivo; ao passo que para Hannah Arendt se trata de uma invenção humana “em constante processo de construção e reconstrução”<sup>193</sup>; enquanto que Joaquín Herrera Flores entende que esses direitos substantivam uma *racionalidade de resistência*, através de processos de postulação da dignidade humana<sup>194</sup>. Em qualquer dos casos, no entanto, sobressaindo uma nota comum: os conceitos de Direitos Humanos levam em consideração, declaradamente ou não, sua historicidade. Por outras palavras, trata-se de conceitos formulados por aquilo que Ortega chamou de *razão histórica*, uma vez que se imbricam a um conjunto de dados históricos que, ao fim e ao cabo, conferem historicidade à matéria. Consequentemente, uma das possibilidades para a formulação de um quadro compreensivo acerca dos Direitos Humanos é pela via metodológica da História. O intento que aqui se faz, contudo, ultrapassa, neste primeiro momento, as zonas conceitual e historiológica, para se evitarem os riscos de uma concepção datada: constitui-se interesse deste trabalho, antes de tudo, fundar uma base epistemológica de compreensão da matéria, com a utilização das observações acerca do perspectivismo histórico.

A criação de uma epistemologia de História, através de processos críticos acerca de seus momentos de evolução, já autoriza plasmar na

---

<sup>192</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 36.

<sup>193</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 36.

<sup>194</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 36.

matéria dos Direitos Humanos, por muitos essencialmente estudada pelo viés de sua historicidade<sup>195</sup>, algumas notas metodológicas referenciais para o desenvolvimento de uma teoria para o seu devir. Assim, pode dizer-se que:

a) a compreensão historiológica dos Direitos Humanos não pode apoiar-se em critérios que prescindam das dimensões de tempo e espaço. Embora se fale que sua concepção esteja atrelada aos princípios da universalidade e da indivisibilidade<sup>196</sup>, é possível, ainda hoje, traçar-se um mapa histórico-político dentro do qual os Direitos Humanos assumem maior ou menor relevância na pauta dos Estados. É de frisar-se que suas primeiras positivações no período setecentista, tanto por ocasião da Independência Norte-Americana, como pela deposição do *Ancien Régime* com a Revolução Francesa de 1789, são um fenômeno marcadamente europeu (os colonos ingleses carregaram para a América um patrimônio de direitos de liberdade consolidado nos *Acts* do parlamento durante mais de um século, e que pretenderam fizesse parte da constituição do que viriam a ser os Estados Unidos). Em sua fase contemporânea, a positivação na Declaração Universal, em 1948, foi adotada por não mais que 48 Estados-membros da ONU<sup>197</sup>, e ainda nos dias atuais a universalização dos Direitos Humanos não pode ser considerada mais que um projeto para a sociedade global. Há déficits de direitos na banda oriental do globo e em Estados com precário ou nulo sistema democrático, que é um dos principais indicativos para sua valoração<sup>198</sup>. Há, por assim dizer, mais argumentos a reforçarem o relativismo

<sup>195</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *L'età dei diritti*. 12. ed. Torino: Einaudi, 2011; PECES-BARBA MATÍNEZ, Gregorio. *Derecho y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993; PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, ASÍS ROIG, Rafael de (Orgs.). *Historia de los derechos fundamentales*. T. II, vol. III. Madri: Dykinson, 2001; PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9. ed. Madri: Tecnos, 2005; COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

<sup>196</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41.

<sup>197</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000, p. 29.

<sup>198</sup> Piovesan menciona que “Não há direitos humanos sem democracia, tampouco democracia sem direitos humanos. Vale dizer, o regime mais compatível com a proteção dos direitos humanos é o

cultural do que o universalismo, que se converterá – é possível assim se entender – em projeto para a otimização dos Direitos Humanos do futuro<sup>199</sup>. Por outro lado, também não se pode afirmar que os Direitos Humanos estão geneticamente associados à formação das culturas. Mesmo que seja possível extraírem-se exemplos de uma consciência da dignidade humana em sociedades antigas, como a judaica, algumas práticas colocavam em causa sua fundamentação quanto à igualdade; e, em tempos posteriores, a formação de institutos, a princípio destinados a solucionar conflitos, degradavam toda noção de humanismo, bastando que se cite o *Blutrache* do direito germânico<sup>200</sup>, os combates e duelos judiciais em Portugal<sup>201</sup> e os suplícios, somente denunciados com certo horror por um Beccaria em meados do século XVIII. Por outras palavras, a consciência dos Direitos Humanos não é universal nem muito menos atemporal, mas, ao contrário, encontra fronteiras nas duas dimensões.

b) Os Direitos Humanos, como fenómeno histórico-cultural, por um lado, nem são predeterminados, nem perceptíveis da mesma forma por todos. O multiculturalismo dificulta a estruturação de um código axiológico universalmente válido, mesmo em relação aos valores mais expressivos, como a vida. O fato de entre os chineses, em pleno século XXI, haver seleção de crianças com base em critério sexual, deixando ao abandono meninas; ou de os

---

democrático. Atualmente, dos 140 dos quase 200 Estados que integram a ordem internacional realizam eleições periódicas. Contudo, apenas 82 Estados (o que representa 57% da população mundial) são considerados plenamente democráticos.” (PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 42). Atente-se para o fato de que essa relação decorre fundamentalmente da tentativa de compaginação da matéria com o conceito contemporâneo de direitos humanos, que se não é etnocêntrica (ou eurocêntrica), ao menos encontra fundamentos num mínimo ético irreduzível da civilização ocidental, que tem raízes na cultura judaico-cristã.

<sup>199</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 44-48.

<sup>200</sup> Trata-se da vingança de sangue, que era levada a efeito ou pelo chefe da família, quando ofendido e ofensor pertenciam à mesma família; ou por todos os membros de uma família contra outra (CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**. Tomo I. Coimbra: Livraria Almedina, 1996, p. 76-77).

<sup>201</sup> AZEVEDO, Luiz Carlos. **Introdução à história do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 143-144.

fundamentalistas islâmicos não pouparem a própria vida, perpetrando atos terroristas; ou de ter ocorrido um genocídio em Ruanda por razões étnicas no ano de 1994, quando *hutus* e *tutsis* se confrontavam; ou de ter ocorrido na região dos Balcãs, na mesma Europa assolada por duas grandes guerras, entre início e metade da década de 90, uma limpeza étnica promovida pelos sérvios em relação aos croatas, são indicativos suficientes sobre os diferentes juízos de valor acerca da vida. Mas, curiosamente, o ano de 2011 assistiu a uma revolução no Mundo árabe contra governos autocráticos que, se não obteve a imediata democratização daqueles Estados, também não resvalou, até agora, para a criação de regimes teocráticos fundamentalistas. Isto significa, por outro lado, que o sentido histórico que orientará a compreensão dos Direitos Humanos não se descreve num vetor: o progresso na assimilação e efetivação dos Direitos Humanos não é linear, mas é antes feito por rupturas, que ultrapassam determinado *status quo*, implicando tanto em desconstruções de velhos modelos, quanto em construções de novos.

c) Esse quadro torna lícita a negação do empirismo no estudo dos Direitos Humanos. Em razão disso, a difusão do fenômeno de conscientização desses direitos não pode ser prognosticada através de experimentos, mas, quando muito, é viável recorrer-se às inferências para a determinação de regularidades fenomênicas. Assim, em relação a povos de predominante homogeneidade cultural, embora divididos em clãs e tribos, como é o caso dos povos árabes da África do Norte e do Oriente Médio, é aceitável que se preveja a preeminência da religião sobre estruturas políticas. Por isso, o movimento fundamentalista islâmico, segundo Huntington, “rejects the nation state in favor of the unity of Islam”<sup>202</sup>, e, entre as décadas de 60 e 70, o pan-arabismo congregou diversos povos em torno do islamismo, sugerindo uma unidade árabe. Essa realidade provoca ceticismo nos estudiosos quanto à superação do modelo teocrático de governos de Estados islâmicos – trata-se, pois, de uma inferência das regularidades observadas. Mas o governo autocrático de Kadafi, da Líbia, mantido através da sujeição de 18 de suas

---

<sup>202</sup> HUNTINGTON, Samuel P. **The clash of civilizations and the remaking of world order**. Londres: Free Press, 2002, p. 175.



maiores tribos<sup>203</sup>, foi surpreendentemente aniquilado por um movimento popular, que evoluiu para guerra civil. O fato gera uma série de novas especulações – os líbios conseguirão implantar uma democracia em seu país? Haverá condições para maior exercício de liberdades individuais? A noção de Direitos Humanos, tal como se prega no Ocidente, chegará àquele rincão africano? – em relação às quais os estudiosos poderão apenas conjecturar.

d) Como consequência do que até aqui foi dito, pode avançar-se com a afirmação de que o trabalho do estudioso dessa matéria é o de analisar a circunstância histórica dos Direitos Humanos. E mais: antes de conformar-se com o mero relato descritivo, ele objetivará um sentido prático, por meio da hermenêutica crítica, a partir da qual formulará juízos de valor sobre a importância dos fatos históricos concernentes aos Direitos Humanos. Claro que ao desenvolver essa atividade, o hermeneuta estará diante dos riscos do *perspectivismo histórico*, que são inescapáveis. Aqui já se citou, por exemplo, em relação à fundamentação dos Direitos Humanos o embate entre os defensores do *universalismo*, a entenderem, em termos gerais, que “os direitos humanos decorrem da dignidade humana”<sup>204</sup>, *tout court*, e aqueles cuja tese central tem lastro no *relativismo cultural*, para os quais “a noção de direitos humanos está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade”<sup>205</sup>; o debate pode aprofundar-se mais segundo se depreende do quadro exposto por Pérez Luño, para quem, por um lado, múltiplas vertentes ideativas ocorrem como reflexo das posturas positivistas, havendo teses não-cognitivistas, que entendem não ser possível considerar falsos ou verdadeiros os juízos de valor (como os morais), porque não verificáveis empiricamente<sup>206</sup>; emotivistas, para as quais os

<sup>203</sup> HUNTINGTON, Samuel P. **The clash of civilizations and the remaking of world order**. Londres: Free Press, 2002, p. 175.

<sup>204</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 44.

<sup>205</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 44.

<sup>206</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 9. ed.

enunciados éticos têm função emotiva, pois que a afirmação do bom ou do mau não passa da expressão dos sentimentos morais<sup>207</sup>; e, por outro lado, há os que se filiam às correntes da fundamentação objetivista, que propõem um conjunto de diretivas doutrinárias que postulam uma ordem de valores, regras ou princípios que possuem validade objetiva, absoluta e universal<sup>208</sup>. Não se pode, no entanto, afirmar, de forma objetiva e isenta de impressões, a superioridade de uma teoria em relação à outra. Em outras palavras, há falta de critérios materiais e a impossibilidade de se abordarem os Direitos Humanos pela fixidez de parâmetros, o que causa riscos à hermenêutica, principalmente o de os estudos tornarem-se projeções ideológicas.

O desenvolvimento de processos metodológicos de hermenêutica que levem em consideração as fragilidades dos fundamentos dos Direitos Humanos, especialmente as que tornam evidentes a distância existente entre a realidade e a pretensão de sua universalização, e a procura dos conceitos éticos irreduzíveis de maior consenso, podem diminuir os riscos já mencionados. O que se tentará no segundo capítulo, através da planificação das liberdades de primeira Geração, que constituíram os direitos individuais positivados na primeira onda do constitucionalismo, antes desenvolvendo-se uma hermenêutica sobre as fontes histórico-culturais dos direitos de liberdade.

---

Madri: Tecnos, 2005, p. 136.

<sup>207</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 9. ed. Madri: Tecnos, 2005, p. 137.

<sup>208</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 9. ed. Madri: Tecnos, 2005, p. 139.

O mundo é a totalidade dos fatos, não das coisas.

Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*.

## CAPÍTULO 2

### A LIBERDADE, SEU CONHECIMENTO E DELIMITAÇÃO: EM BUSCA DAS ORIGENS DOS DIREITOS HUMANOS

Ao lançarem-se os olhos para os alvares da *constituição* das civilizações, logo se perceberá que desde a antiguidade há uma preocupação gravitando em torno de dois eixos fundamentais para a elaboração racional do convívio social (que bem pode ser reconhecido como convívio político-social, uma vez que a *pólis* – onde se dão os jogos de interação humana – é o próprio elemento que amalgama a ideia de sociedade organizada), o da *praxis* e o da *técnica* <sup>209</sup>, formando duas linhas discursivas complementárias entre si (e indissociáveis)<sup>210</sup>, mas com pontos de interseção: trata-se daquilo que para a

---

<sup>209</sup> O termo procura sintetizar a relação existente entre prática e teoria, evidenciando que a técnica pode antes ser pensada.

<sup>210</sup> Sartori, ao elaborar sua tese sobre a relação entre teoria e prática, parte do cotejo das concepções de Kant e de Pareto, antes formulando quatro hipóteses para a solução do problema (que é o questionamento sobre uma implicação direta da teoria sobre a prática e, portanto, se a prática é a teoria realizada; ou o inverso, se a teoria é a prática conscientizada): a de existência da teoria sem prática; da prática sem teoria; da teoria dependente da prática; e da prática dependente da teoria. O pensamento kantiano radica o problema na ética, e conclui com uma formulação de equivalência: o que é justo na teoria, também o é na prática, se concorrerem três condições: a) que se saiba aplicar a teoria; b) que ela não seja equivocada; c) que não seja uma teoria sem aplicação na prática. O problema da formulação kantiana, que tem no justo seu eixo central, é que ela se dirige ao homem moral, deixando de perspectivar as outras atuações humanas. Já Pareto, desenvolve uma linha de raciocínio de acordo com a qual teoria e prática são dois vértices paralelos, que nunca se entrecruzam. O sociólogo italiano diz que os homens agem pela fé, não pela razão; e, portanto, creem antes de compreenderem; sendo assim, a vida e os fenômenos políticos escapam do alcance da ciência. Mas então a teoria não terá validade aplicativa? A situação envolve outras indagações, que são analisadas por Sartori: a *esfera da prática* encontra-se no

filosofia antropológica pode ser considerado como uma aporia, que é a indiscutível propensão humana para a auto-realização, característica só concebível se conjugada com a ideia de liberdade pessoal, inclusive para a escolha de direções para a vida, mas que necessária e condicionalmente se vincula à concepção do homem como *ser-em-sociedade*. Ora bem, desde Aristóteles tem-se a noção de que a perfectibilidade do homem só é possível através de sua vivência em meio

---

campo do *fazer*; todo *fazer* está indissociavelmente ligado ao *querer*. Deve, então, descobrir-se a natureza do *querer*, cuja resposta será decisiva para a solução do problema da relação entre *prática* e *teoria*. Como se viu, os pontos de vista kantiano e paretiano acerca da vontade são distintos: o primeiro adota uma concepção intelectualista e ou outro desenvolverá uma tese contrária, a do antiintelectualista, segundo a qual a vontade não obedece à razão. Numa segunda etapa de sua análise, Sartori também delimita o termo teoria, que, num primeiro momento, pode ser entendido pela exclusão recíproca: teoria, como algo ideado, é tudo aquilo que não está no campo prático, e vice-versa. Por outras palavras, a teoria é tudo aquilo que faz parte da *vida mental*. De maneira que *teoria* não será apenas o produto racional de nossa vida, mas, também, o não-racional. Ao questionamento sobre a delimitação conceitual de prática, Sartori não aceita todas as conotações como equivalentes, sobretudo a concepção de *prática* de Lukács, que deriva da escola marxista, e sintetizará tudo, em substância, à prática. Para Sartori, há a necessidade de definirem-se as categorias *praxis* e *prática*: a primeira será definida com relação à vontade, ação, ato; já a *prática* estará relacionada com as obras e ambiente e, portanto, estará sedimentada na operosidade humana. *Praxis* é o que se está a fazer; *obras* ou *ambiente* é o fato coletivo, “a prática como dado pré-constituído à praxe.” Surge aqui um novo problema: de que modo e em que medida o ambiente condiciona o pensamento? Sartori não discrepa daquilo já referido nas notas epistemológicas deste trabalho (capítulo 1), afirmando que nem sempre é possível determinar-se a relação de causa e efeito: uma causa pode levar “a muitos e variados efeitos”; mas é condescendente com a possibilidade de relação direta quando a *teoria* e a *prática* estão próximas, de modo a converterem-se uma na outra sem descontinuidade. A afirmação já não será lícita quando se tratar de uma relação indireta, “quando a eficácia do pensamento sobre a ação é atenuada.” Já será o necessário para que Sartori passe a tratar das hipóteses: I. teoria sem prática equivaleria ao ideal de vida contemplativa e, em realidade, estar-se-ia diante de uma metaprática, verificável no mundo da filosofia. Mas não é completamente defensável a afirmação de que a filosofia *nunca* terá aplicabilidade prática. II. Prática sem teoria, ou seja, a situação em que a prática não é orientada por nenhuma teoria genuína, de conhecimentos válidos. Aqui, o autor salienta que não se pode reduzir o termo teoria àquela ideia: ele inclui qualquer teoria, inclusive a que não tem valor cognitivo. A tese da prática sem teoria, de cunho voluntarista, só seria admissível se fosse possível um *querer* autônomo de ideação, um *querer* válido por si mesmo. III. A *teoria* como fato dependente da *prática*, acaba envolvendo o problema de sua antítese, ou seja, da *prática* como dependente da *teoria*, que, em conjunto, se relacionam com o problema da primazia de uma tese sobre a outra. Se se pensar que a teoria surge *ex post facto*, há de se admitir a existência de uma teoria “elaborada”, “um embrião de programa, de consciência, de conhecimento”, que “já orientou previamente a ação, o agir do homem de ação”. Daqui já se pode afirmar que, por um lado, toda teoria relaciona-se a algo, mas, por outro lado, já não se pode dizer que esse algo “subordine a mente que o apreende; que o objeto observado produza a teoria que o observa.” IV. A prática dependente da teoria, será a tese sustentada por Sartori após refutar o materialismo histórico, destacando que “a ação dos homens é sempre influenciada, de modo e em grau variável, pelo que pensam.” (SARTORI, Giovanni. **A política**: lógica e método nas ciências sociais. Tradução de Sérgio Bath. 2 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 69-101. Título original: **La política**: logica e metodo in scienze sociali). Arrancando da tese de Sartori, pode-se aqui afirmar que a *praxis* e a *técnica* substantivam a *constituição* das sociedades, num desenvolvimento interdependente.

social; e este será o elemento condicionante, que só por si torna a questão problemática.

Esse elemento condicionante não induz a reconhecer que o homem *sempre* desenvolverá suas potencialidades e tenderá para a perfectibilidade em *qualquer* meio social: a mera aplicação do método indutivo para a presente situação não será suficiente para o dilucidamento problemático, mas, apenas, possibilitará a descoberta de regularidades consentâneas com as premissas. A máxima aristotélica que reduz o homem à condição de *zoón politikón*, tem como consequência outros desdobramentos, o principal deles é o de que o homem, em toda sua significação, não poderá ser compreendido como ser associal, ou, na fórmula do estagirita, para além ou aquém da sociedade. É nela, numa palavra, que o homem se realiza. Isso, no entanto, não torna lícito sustentar que o homem terá toda sua potencialidade desenvolvida em qualquer sociedade, uma vez que o ambiente cultural, no sentido preconizado por Sartori<sup>211</sup>, como o conjunto de práticas que antecede a *praxis*, condiciona, em certa medida, o pensamento, e, pois, a vontade. A cadeia problemática desenvolve-se, assim, ultrapassando a aporia antes mencionada, para que se instale na identificação do modelo social no qual se dá o entrecruzamento da *praxis* e a *técnica* ideal.

As experiências de governos autoritários, ainda presentes em alguns Estados onde, pela violência e coação, ou se optou pelo fundamentalismo teológico (e teocrático), ou mantiveram-se os traços ideológicos do stalinismo, ou concretizam o ressurgimento pela via do populismo de um modelo de socialismo de todo em todo anacrônico, são, como facilmente se percebe, posições muito claras de domínio e de subjugação, que em nada se relacionam com a ideia de auto-realização, de liberdade pessoal e de progresso humano (não apenas material, mas espiritual). O conformismo de povos subjugados por um modelo de governo que não permite a manifestação das liberdades religiosa, de expressão e política – ou a falta de condições de romper com os sistemas de coerção –, coincide, como

---

<sup>211</sup> Cf. nota anterior.

bem se sabe, com baixos índices de qualidade de vida, com a falta de progresso material e de perspectivas para o futuro. Por outras palavras e à guisa de primeira aproximação, segundo aqui se entende, a perfectibilidade humana estará diretamente relacionada com as concretizações de liberdade ou, ao menos, com sua otimização, só possíveis, no entanto, onde os Estados se constituem sob a égide da democracia.

Em todo caso, mesmo no ambiente político-cultural mais propício para a perfectibilidade, os dois eixos, *praxis* e *técnica*, em torno dos quais se desenvolve o sistema dialético que pretende potencializar o aperfeiçoamento do homem, inclusive com o abrandamento dos conflitos, conotam com o aspecto determinista que o enforma: o homem está condenado a viver em sociedade e é, inescapavelmente, *ser-em-sociedade*. Sendo assim, pode afirmar-se que a ideia de liberdade terá contornos determináveis pela circunstância do homem – de estar inserido na sociedade e ter de nela amoldar-se e moldá-la –, e, conseqüentemente, jamais poderá ser absolutizada sob pena de dar-se sua negação<sup>212</sup>. A esfera em que tradicionalmente, e numa visão hegeliana, ocorre o mencionado sistema dialético, é o Estado<sup>213</sup>, onde, conforme terá dito Pontes de Miranda, se criaram técnicas de limitação e de garantia da liberdade<sup>214</sup>, sendo a principal delas a técnica da legalidade. Com o aparecimento do Estado moderno a lei dará os

---

<sup>212</sup> A manifestação talvez mais veemente de liberdade humana inscreve-se no domínio que o homem tem sobre sua vida, dizendo até onde deva ela prosseguir. E as propensões tanáticas coroariam um tal postulado o que, contudo, é limitado justamente com o intuito de preservar-se a ideia de liberdade naquela sua condição essencial, que é de sua manifestação apenas no meio coletivo.

<sup>213</sup> Segundo o que aqui se entende, não se pode pensar no modelo de Estado como sistema orgânico, com funções determinadas, agregando elementos materiais e ideológicos (culturais) de um povo, antes do pensamento de Maquiavel (a quem se atribui o emprego do vocábulo *Stato*, para designar as Repúblicas e Principados) e da experiência política ocorrida em algumas repúblicas da Itália renascentista, dentre as quais Florença, terra daquele pensador político. Antes, durante o medievo, havia a descentralização e a própria concorrência entre poderes políticos, a falta de uma concepção de unidade e de projeto, para além da indeterminação espacial para o exercício das atividades de governo.

<sup>214</sup> Ao tratar de democracia, liberdade e igualdade, o jurisfilósofo brasileiro recorre à categoria *Técnica da liberdade* para estabelecer limites conceituais e as formas de proteger esse bem jurídico (PONTES DE MIRANDA. **Democracia, liberdade, igualdade**. Os três caminhos. Atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002 p. 382-389).

contornos da liberdade, que poderá ser denominada de *liberdade legal*<sup>215</sup>.

A ideia de liberdade estará presuntivamente encerrada nas regras do direito e, portanto, seu âmbito estender-se-á sobre tudo aquilo permitido ou, simplesmente, não proibido por lei. Assim, o Estado, que assume o monopólio da preservação da *pax social*, cria e fiscaliza as regras dos jogos sociais, tendo ele próprio de autolimitar-se em nome dos valores anteriormente referidos, especialmente os da auto-realização do homem e seu aperfeiçoamento. Justamente por isso o Estado constitui-se como suposto de organizador e garantidor de direitos de liberdade: seu documento político-jurídico fundamental estabelece áreas de competências para o desenvolvimento da vida social(-política), que incluem o respeito pelos direitos de liberdade tanto nas relações horizontais – entre os cidadãos – quanto nas verticais – entre o Estado e os cidadãos.

Se o Estado deve ser considerado, numa primeira tentativa de dissolução problemática, o ancoradouro dos direitos de liberdade, os quais por consenso multilateral dos organismos políticos mundiais darão origem a um *corpus iuris* internacional de Direitos Humanos, então o desenvolvimento de uma teoria dos Direitos Humanos radicar-se-á, por um lado, na compreensão da liberdade; por outro lado, na análise das vicissitudes por que passa o Estado neste momento de transitoriedade, em que os paradigmas políticos, jurídicos, econômicos da modernidade vão, pouco a pouco, apresentando fadiga, havendo quem afiance a existência da pós-modernidade. Como já se deu a entender no capítulo anterior e neste introito, a linha discursiva estará compreendida entre duas balizas: nossa ancestralidade cultural que dará origem a uma civilização ocidental e manterá, fundamentalmente, os valores judaico-cristãos, e o modelo democrático de Estado de direito, de forma que, conscientemente, o trabalho assumirá o perspectivismo de

---

<sup>215</sup> O termo é inspirado em Marcello Caetano que, ao fazer menção à *rule of law* do direito britânico, escreve: “o indivíduo obedece à *regra*, não às *pessoas*, é servo da lei e não dos senhores. A liberdade identifica-se, assim, com a legalidade: é o império da lei, o *rule of law*.” (CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. Tomo I. 6. e. revis. e atual. por Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 1996, p. 307).

que já se falou. Mais precisamente, pode dizer-se, com amparo em Fioravanti<sup>216</sup>, mas numa tentativa de ampliação discursiva, que a liberdade será aqui tratada sob o viés histórico e político-constitucional, para, em outro momento, buscarem-se as pistas para entender sua legitimação preparatória para a consagração dos Direitos Humanos.

## 2.1 Liberdade como fundamento da humanidade

O romantismo de onde brotou Jean-Jacques Rousseau, via numa ancestralidade, há muito perdida na lembrança de todos, a existência do *status naturalis*, em que os homens, desvestidos da maldade, conviviam pacificamente, em liberdade pura – ou absoluta –, que lhes permitia estarem integrados ao meio. Ao tratarem desta característica humana, o pensador político genebrino, e os outros que imaginaram a formação do Estado por contrato, Hobbes (este, como sabido, com um entendimento pessimista acerca do homem) e Locke, e, ainda, o moralista Kant, pretendiam deslindar a própria natureza dos homens que, no entanto, era confrontada com a evolução das sociedades ou com certas propensões adquiridas, como a da cobiça: então, essa natureza que dá os contornos da humanidade deveria ser domada pelo uso da razão, visando a um fim prático de convivência. Vistas assim as coisas, a primeira nota que se deve escrever com relação à ideia de liberdade arranca da questão da natureza humana. Existirá, de fato, uma natureza humana, em a qual encontraremos certos aspectos comuns a todos os homens, dentre os quais a liberdade que, por isso, deve ser entendida como elemento inerente ou fundante da humanidade?<sup>217</sup>

Vem a propósito desse debate inesgotável, a lembrança de

---

<sup>216</sup> Em seu livro sobre a História das Constituições modernas, Fioravanti, seguindo mesma senda de constitucionalistas europeus, enfoca a dialética entre liberdade e poder como o ponto crucial para o entendimento das Constituições. Logo de início, propõe-se a tratar da problemática da liberdade, que pode ser investigada segundo os modelos historicista, individualista e estatal (FIORAVANTI, Maurizio. **Appunti di storia delle costituzioni moderne**. Le libertà fondamentali. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995, p. 17).

<sup>217</sup> O problema é aqui posto como desdobramento do que foi escrito no item 1.2.4 deste trabalho.



um capítulo escrito por Ferreira da Cunha, em o qual, tendo como alegoria uma crônica de Vinicius de Moraes, pondera sobre a existência da natureza humana, e, referindo-se à página de nosso poeta, interroga-se se os homens estão presos a determinadas circunstâncias, assim como Vinicius é levado a descrever a cena vivida numa praça de Florença (como se estivesse predeterminado a isso). Ao formular a questão, o jurisfilósofo português lança uma síntese inquietante: “Talvez não haja mesmo uma natureza humana (mas o que significa isso de não a haver?), mas então não há, deveras, sequer Homem.”<sup>218</sup> Pois bem, para uma vertente de pensadores, a do jusnaturalismo, a existência da natureza humana conduz a aceitar o determinismo de ideias, que condicionam os caminhos por onde o homem vai espalhando suas angústias enquanto vive (e, então, os obstáculos encontrados e as escolhas tomadas constituem a tragédia de sua existência, que foi toda descoberta por um Shakespeare, quem escrutinou o espírito do homem dizendo verdades impagáveis (e imorredouras), as mesmas sobre as quais se estruturou uma *philosophia perennis*); e, também, a entender que o homem está predestinado a cumprir uma missão já inscrita na natureza e que ele a depreende pelo uso da razão; e, ainda, que existem imperativos categóricos universais, a indicarem como o homem deve pautar sua vida. Desta lógica emerge a aporia filosófica: se há limites naturais para o homem, que lhe determinam o *como-viverá*, então a ideia da liberdade ficará bastante reduzida, justificando-se-a apenas na ausência de coação em relação àquele que se acha a exercê-la; será uma liberdade no singular, que não se compaginará, portanto, com a possibilidade das escolhas arbitrárias sobre os modos de vida, ou em dar-se vazão à criatividade (estética, v.g., e, então a ideia de arte, já tão humilhada pelas expressões contemporâneas – de fato, pobres de substrato estético e efêmeras – será apenas uma utopia), preferindo o homem dogmatizar (através das asserções religiosas, morais etc.) sua existência (social) em torno de um conjunto de verdades *ne varietur*. Ou, segundo pensa Nietzsche, quando adquiriu a *má consciência* – “a profunda doença que o homem teve de contrair sob a pressão da mais radical das mudanças que viveu – a mudança que

---

<sup>218</sup> CUNHA, Paulo Ferreira. **O ponto de Arquimedes**: natureza humana, direito natural e direitos humanos. Coimbra: Almedina, 2001, p. 82.

sobreveio quando ele se viu definitivamente encerrado no âmbito da sociedade e da paz”<sup>219</sup> –, o homem domou a liberdade desbragada, transformou o não-egoísmo em valor moral, feriu-se gravemente como se fosse um escultor de cinzel à mão dando a si próprio uma nova forma, esta que deverá ser consentânea com as verdades indesmentíveis, criadas, contudo, sob o signo de divindades míticas, cuja autoridade não permite que se duvide.

As ponderações de Ferreira da Cunha, que acabam numa perturbadora reticência, permitem alguma reflexão: afinal, se duvidarmos da natureza humana, como justificaremos os aspectos somáticos, a inteligência, a capacidade para adaptação, o raciocínio, todos, enfim, caracteres dignificantes da espécie humana? Então, há de se admitir que o homem possui uma constituição própria, que o torna diferente dos demais seres vivos, e que pode – por que não? – ser denominada de *natureza humana*. Mas, diferentemente, não possui o aparato instintivo: nasce desprovido de um equipamento natural para enfrentar o meio; mas contará com sua aptidão racional, que se desenvolverá ao longo dos anos para dar orientação à sua vida. O homem, por outras palavras, encontra um Mundo a desbravar – sempre a desbravar – e sua missão é justamente ter de enfrentá-lo, pavimentando seus caminhos ou escolhendo aqueles já sedimentados, mas, em todo caso, tendo de fazer escolhas, que é isto o que lhe resta e dá substância à sua natural missão, que é ter de viver. Repetindo Ortega, dir-se-á que a vida do homem se conjuga no gerúndio e, por isso, ela é um constante *faciendum*.

As carências biológicas do homem não lhe possibilitam preparo suficiente para arrojá-lo os obstáculos sem antes formar-se e amadurecer intelectualmente; sua vida é marcada, portanto, pela dependência do outro, ou, como refere Baptista Machado, trata-se de um ser caracterizado pela *incompletude essencial*; justamente por isso, em vez de enclausurado num Mundo próprio, está

---

<sup>219</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral**: uma polêmica. Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza. 3. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 72. Título original: **Zur Genealogie der Moral**.

“aberto para o mundo”.<sup>220</sup>

Esta abertura para o Mundo e a incompletude conotam diretamente com o estado de insegurança que é a própria existência, obrigando ao homem estabelecer as bases com as quais procurará aperfeiçoar-se, progredir e auto-realizar-se. Cria seu ambiente – a sociedade –, em o qual se acha indissoluvelmente ligado; desenvolve estratégias para nela manter-se em relativa harmonia e dá-se conta, por fim, ao longo da experiência haurida em meio às relações sociais(-políticas) dos contornos (e, numa outra fase, da própria substância) dos seus direitos que são, numa palavra, a representação, em termos racionais e compreensíveis como se se tratassem de regras do jogo, das liberdades. Por outras palavras, tudo aquilo laborado pela inteligência humana para a consecução de sua missão de viver, que se cristaliza em determinada cultura como instituições ou direitos, é a própria expressão da liberdade.

Mesmo que se diga que ao criar seu ambiente o homem fica em *relativa clausura*<sup>221</sup>, há de se ter em consideração o fato de que pode ele deliberar sobre vários aspectos de sua vida individual (inclusive aqueles que implicam no auto-aniquilamento); tentar mudar a configuração da sociedade para que ela preserve bens caros à humanidade (vê-se isso quando se trata da preservação do meio ambiente); e exigir que se lhe respeitem determinadas esferas de autopromoção. Não é por outro motivo que Tomás de Aquino, ao enfrentar uma *quaestio disputata*, tratando da autonomia do homem, escreve: “*homo non ordinatur ad communitatem politicam secundum se totum, et secundum ominia sua*”.<sup>222</sup> Por mais que o homem esteja indissociavelmente ligado à

<sup>220</sup> MACHADO, J. Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. 9. reimpressão. Coimbra: Almedina, 1996, p. 7. Em sentido semelhante, FROMM, Erich. **Fuga dalla libertà**. Tradução ao italiano de Cesare Mannucci. Milão: Mondadori Editore, 2009, p. 29 e ss. Título original: **Escape from freedom**, que refere sobre o processo de desenvolvimento pelo qual o homem vai pouco a pouco adquirindo sua individualidade, até que, em certo momento, encontra-se ameaçado e com medo, criando mecanismos para ligar-se ao outro.

<sup>221</sup> MACHADO, J. Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. 9. reimpressão. Coimbra: Almedina, 1996, p. 8.

<sup>222</sup> TOMÁS DE AQUINO, S. **Suma teológica**. V. III (I-II, q 21, art. 4, 3). São Paulo: Loyola, 2003, p. 298. Título original: **Summa theologiae**.

sociedade, ele *não se dá* integralmente a ela; não é, portanto, mera pertença da sociedade política. Por outras palavras, a sociedade política (o Estado) criada pelo homem, não deve penetrar todo seu ser, instrumentalizando-o para os fins que coloquem em causa sua dignidade.

Quanto aos direitos do homem, não se pode dizê-los propositadamente concebidos como pura expressão de domínio, com a finalidade de delimitar a liberdade, mas como resultante do meio sociocultural. O ambiente cultural, ou, como prefere Fromm, as condições econômicas, sociais e políticas<sup>223</sup>, também ingressam no processo dialético de individualização e, pois, de formação da esfera de liberdade humana. Pode entender-se, portanto, que os direitos são o reflexo de tudo o que o homem como *ser-em-sociedade* criou para si, através do livre uso da razão. Numa síntese, dir-se-á que, por mais relativizada que seja a ideia de liberdade, ela torna-se a expressão da humanidade.

As diversas opiniões aqui pespegadas, convergem para a síntese de Fromm, para quem *a existência humana e a liberdade são inseparáveis*<sup>224</sup>: o homem não se entrega em sua totalidade à sociedade, mas preserva sua autonomia (Tomás); não se trata de um ser que vive num Mundo enclausurado, programado para viver de determinada forma, mas vai criando seu Mundo simbólico (Baptista Machado); desenvolve um processo dialético de individualização, desde o nascimento ao estágio mais amadurecido (Fromm). Subjaz nesse pensamento, contudo, outro aspecto de não menor importância: o de que o homem vai adquirindo noções diferenciadas de liberdade ao longo dos tempos e, pois, esta característica é antes uma inata propensão que se manifesta no ambiente cultural, do que uma prerrogativa desde sempre exigível; ou, de outra forma, o homem criará sua circunstância de liberdade, em todo caso, irrenunciável. Tentemos ver isso.

---

<sup>223</sup> FROMM, Erich. **Fuga dalla libertà**. Tradução ao italiano de Cesare Mannucci. Milão: Mondadori Editore, 2009, p. 39. Título original: **Escape from freedom**.

<sup>224</sup> FROMM, Erich. **Fuga dalla libertà**. Tradução ao italiano de Cesare Mannucci. Milão: Mondadori Editore, 2009, p. 35. Título original: **Escape from freedom**.

### 2.1.1 A liberdade dos antigos

Se for lícito afirmar que a liberdade do homem, como uso da razão e expressão da potência<sup>225</sup>, se molda segundo a experiência histórica das sociedades, também será autorizado afirmar que esta ideia, que se constrói, como é suposto, pelo acúmulo de experiências, não atenderá a uma progressão linear. É ela desvendada de forma errática pelas várias culturas, que ao se entrecruzarem em certos momentos históricos possibilitarão uma nova dialética tendente ao melhoramento das técnicas de sua aplicabilidade nas relações entre os homens. Não será exatamente por isso que o Ocidente é tido como tributário das influências judaico-cristãs (havendo mesmo quem refira a existência de uma cultura ocidental de raiz judaico-cristã)? Ou, que os expedientes jurídicos criados para o asseguramento da liberdade física entre os períodos do baixo medievo e a modernidade, embora ocorrentes em diversas partes da Europa continental e na Inglaterra, acabaram sendo obscurecidos pelo *habeas corpus*, que também veio a difundir-se entre nós, aqui ganhando novos contornos? Pois bem, ao afirmar-se esta espécie de descontinuidade na definição das liberdades, quer-se com isso advertir que se poderá apenas verificar uma ideia geral sobre o pensamento e a prática da liberdade. Ainda assim, verificando tão somente aqueles marcos culturais da civilização ocidental, como se verá no seguinte quadro.

a) Embora diversos povos da antiguidade tenham criado sistemas jurídicos (tingidos, é verdade, com tons de moral religiosa e de misticismo, e este é o aspecto marcante da primeira história das civilizações), como foi o caso dos egípcios e dos babilônios, foram os judeus que conseguiram não só sistematizar as regras presentes na tradição oral (*Mishné Torah*<sup>226</sup>) e escrita

---

<sup>225</sup> No sentido aristotélico, significando a capacidade de provocar mudança.

<sup>226</sup> מִשְׁנֵה תּוֹרָה

(*Torah*<sup>227</sup> – que contém o Pentateuco) de seus preceitos éticos através de estudos de comentadores e da jurisprudência, cristalizando-as tanto no Talmud do período babilônico (*Talmud Babli*<sup>228</sup> a partir do séc. IV a.C) quanto no Talmud jerusalemita (*Talmud ierushalmi*)<sup>229</sup>, que se gestou a partir do séc. I, como, ainda, forjaram as bases de um jusumanismo que transcendeu seu tempo e sua cultura, entroncando-se, através do cristianismo, na civilização ocidental.

É lógico que os preceitos éticos presentes nas antigas escrituras e no que se vai sedimentando como direitos do homem, têm na divindade a representação do ser que os dirige e em relação ao qual se atribuem os julgamentos supremos; aliás, esses preceitos aos quais os judeus estão obrigados a observar justificam-se mais pela dignificação da divindade do que na da própria hominidade, porque tudo decorrerá de Deus, inclusive quando se pensa sobre a disponibilidade do corpo e da vida; ou seja, o homem (da cultura judaica) dignifica-se pelo respeito a Deus. Assim, os preceitos referidos aos cuidados com a higiene, com o corpo e com a saúde, v.g., explicam-se não por uma filosofia antropocêntrica, mas pelo fato de o homem ter sido criado à imagem de Deus<sup>230</sup>. Ao tratar das leis sobre o comportamento, e enfocando semelhante aspecto, Maimônides refere:

*Aquele que regula a sua vida segundo as leis da medicina com o único objetivo de manter um físico forte e vigoroso e gerar filhos que façam o seu trabalho em seu benefício, e se esforçam na vida para o seu bem, não está seguindo o caminho certo. Um homem deve ter como objetivo manter a saúde e o vigor físicos, a fim de que sua alma esteja disponível, livre e sã, em condições de conhecer o Eterno.*<sup>231</sup>

---

<sup>227</sup> תורה

<sup>228</sup> תלמוד בבלי

<sup>229</sup> תלמוד ירושלמי Sobre o direito talmúdico, FALK, Ze'ev. **O direito talmúdico**. Tradução de Neide Terezinha Moraes Tomei e Esther Handler. São Paulo: Perspectiva, 1988.

<sup>230</sup> BELKIN, Samuel. **A filosofia do Talmud**. O caráter sagrado da vida humana na teocracia democrática judaica. Tradução de Beatriz Telles Rudge e Derval Junqueira de Aquino Neto. São Paulo: Exodus Editora-Sêfer, 2003. p. 20. Título original: **In his image** – the jewish philosophy of man as expressed in rabbinic tradition.

<sup>231</sup> MAIMÔNIDES. **Mishné Torá**. O livro da sabedoria. Tradução do rabino Yaacov Israel Blumenfeld. Rio de Janeiro: Imago, 1992, p. 162. Título original: מִשְׁנֵה תוֹרָה

Há nisso um forte aspecto determinista, que pode melhor ser compreendido na passagem em que Belkin trata do propósito de cumprimento das *mitsvot*<sup>232</sup> (preceitos):

*Quando um judeu cumpre os mandamentos positivos e negativos da Torá, ele está, de certo modo, fazendo o seguinte pronunciamento: “Eu não sou o senhor completo do mundo nem de mim mesmo; eu não possuo autoridade ilimitada sobre as coisas da Criação e, portanto, tudo o que eu fizer ou deixar de fazer com as coisas da Criação depende da vontade do dono da Criação – o próprio Deus.”*<sup>233</sup>

Mas se é assim, então a civilização judaica abriu mão de todas as liberdades em nome das representações que faz da divindade, como se estivesse abdicando até mesmo de seu étimo de humanidade? Estará Nietzsche com razão ao afirmar que “Os judeus, são [...] o povo mais funesto da História Universal”, por terem, no seu modo de conduzir a vida, falseado a Humanidade a tal ponto de o cristão sentir-se anti-judeu, sem, no entanto, compreender a si próprio como uma consequência do judaísmo?<sup>234</sup> Terá cabimento a lancinante afirmação de que “A história de Israel é inestimável como história típica de toda desnaturalização dos valores da natureza [...]”<sup>235</sup>, como se a estrutura moral e os dogmas religiosos daquele povo fossem, de fato, um proceder contranatural e contra a própria ideia de hominidade? As respostas não parece devam ser arrancadas de premissas tão reduzidas. Por vários motivos. Primeiro, porque o conjunto ético judaico, ao arrimar-se nas representações da Perfeição divina, reconhece o que a ontologia e a filosofia moral tratam em outros níveis, ou seja, deixa dito que o homem é um ser aberto e tendente ao melhoramento pessoal e social. Justamente por isso, deixando entredito o aspecto da falibilidade do homem, o judaísmo cria uma forma de governo teocrático-democrático, em que o rei não

---

<sup>232</sup> מצוות.

<sup>233</sup> BELKIN, Samuel. **A filosofia do Talmud**. O caráter sagrado da vida humana na teocracia democrática judaica. Tradução de Beatriz Telles Rudge e Derval Junqueira de Aquino Neto. São Paulo: Exodus Editora-Sêfer, 2003. p. 21. Título original: **In his image** – the jewish philosophy of man as expressed in rabbinic tradition.

<sup>234</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **O anticristo**. Anátema sobre o cristianismo. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2002, p. 39. Título original: **Der Antichrist**.

<sup>235</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **O anticristo**. Anátema sobre o cristianismo. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2002, p. 40. Título original: **Der Antichrist**.

podia estar acima das leis, vindo a elas se submeter como qualquer outro. Belkin refere, a este propósito, que “Ele [o rei] não estava isento de observar a lei, mas devia submeter-se a ela como qualquer outro homem e estava sujeito ao mesmo padrão de punição aplicado a todos os homens.”<sup>236</sup> Em segundo lugar, porque a legislação judaica formulou os conceitos de fraternidade e de respeito pelo outro, de forma que não só a caridade<sup>237</sup>, como forma de dar conforto material e espiritual ao outro, mas a tolerância são já princípios filosóficos que permitem o progresso pessoal dos indivíduos e a busca da autorrealização – tudo, entende-se aqui, convergindo para a ideia de liberdade. Em terceiro lugar, o respeito pelos direitos do homem irá manifestar-se tanto no sistema judicial (estruturado em colegiados que decidiam por maioria, exigindo a imparcialidade dos juízes, que, em razão disso, estavam proibidos de receber presentes, de decidir em favor de um homem pobre por piedade, de distorcer um julgamento contra alguém de má reputação, de ouvir uma das partes na ausência da outra<sup>238</sup>), quanto na punição, cuja execução não podia exceder o decreto judicial, nem expor o condenado ao vilipêndio (o corpo do executado não deveria permanecer insepulto, ninguém devia ser executado apenas em razão de suspeita, proibia-se o excesso de pena quando de sua execução<sup>239</sup>). A justificativa da prudência judicial está no fato de esse sistema ético entender que o homem é falível e que deve respeitar ao outro nível de conhecimento, que é o da própria perfeição em Deus. Mas, pela via do misticismo e da moral religiosa, os judeus da antiguidade estabeleceram uma série de direitos do homem, diretamente relacionados com a liberdade. Por isso, e finalmente, pode-se dizer que o *lógos* da estruturação dessa civilização se encontra fulcrado

<sup>236</sup> BELKIN, Samuel. **A filosofia do Talmud**. O caráter sagrado da vida humana na teocracia democrática judaica. Tradução de Beatriz Telles Rudge e Derval Junqueira de Aquino Neto. São Paulo: Exodus Editora-Sêfer, 2003. p. 72-73. Título original: **In his image** – the jewish philosophy of man as expressed in rabbinic tradition.

<sup>237</sup> O vocábulo *tzedaká* (צדקה), em hebraico significa justiça, mas é empregue, também, no sentido de caridade, o que lhe confere um amplo valor semântico e ideológico, que concorda com a própria filosofia da religião judaica.

<sup>238</sup> MAIMÔNIDES. **Os 613 mandamentos**. Tradução de Giuseppe Nahaïssi. 3. ed. São Paulo: Nova Arcádia, 1990, p. 313-315. Título original: תריג המצוות .

<sup>239</sup> MAIMÔNIDES. **Mishné Torá**. O livro da sabedoria. Tradução do rabino Yaacov Israel Blumenfeld. Rio de Janeiro: Imago, 1992, p. 102. Título original: מישנה תורה.



nos costumes e crenças que naturalmente se incorporaram na carga cultural do povo judeu, que antes de representar uma espécie de auto-imolação, como poderia ter dito o filósofo atormentado que deblaterava contra toda espécie de redução dogmática, era a própria e consciente expressão de seu modo de pensar; era – e continua a ser – a manifestação da psicologia daquele povo, não podendo, já por isso, haver maior prova de sua liberdade.

b) Ao pensar-se na civilização grega, logo vem à mente a forma política criada em Atenas, que se tornou o panteão desejado pelos pensadores para os Estados da modernidade, mas, muita vez, erroneamente proclamado como o que inspirou um regime de liberdades políticas modernas. As ideias de democracia e de liberdade gregas devem ser vistas com alguma reserva, por mais de um motivo. Para a melhor compreensão da questão, é necessária uma aproximação ao campo ideativo e prático dessas liberdades.

Ficaram célebres as palavras que Péricles proferiu no seu discurso em homenagem aos mortos durante a guerra do Peloponeso, registrado por Tucídides, quando o governante de Atenas, pretendendo levantar o moral de seus soldados, ressaltou as qualidades de sua forma de governo ao mesmo tempo em que detratou o modelo espartano:

*Vivemos sob uma forma de governo que não se baseia nas instituições de nossos vizinhos; ao contrário, servimos de modelo a alguns ao invés de imitar os outros. Seu nome, como tudo depende não de poucos mas da maioria, é democracia. Nela, enquanto no tocante às leis todos são iguais para a solução de suas divergências privadas; [...] a pobreza não é razão para que alguém, sendo capaz de prestar serviços à cidade, seja impedido de fazê-lo pela obscuridade de sua condição.*

*[...] mantemos nossa cidade aberta a todo o mundo e nunca, por atos discriminatórios, impedimos alguém de conhecer e ver qualquer coisa que, não estando oculta, possa ser vista por um inimigo e ser-lhe útil.*

*[...] Ver-se-á em uma mesma pessoa ao mesmo tempo o interesse em atividades privadas e públicas, e em outros entre nós que dão atenção principalmente aos negócios não se verá falta de discernimento de assuntos políticos; [...] nós, cidadãos atenienses, decidimos as questões públicas por nós mesmos, ou pelo menos nos esforçamos por compreendê-las, na crença de que não é o debate que é empecilho à ação, e sim o fato de não se estar esclarecido pelo debate antes de*

*chegar a hora da ação.*<sup>240</sup>

Pois bem, já de antemão percebe-se que não se pode julgar a Grécia antiga pelo que normalmente se fala sobre Atenas, pois é indiscutível o fato de que ela se compunha de várias realidades sociais, políticas e culturais, sendo os jônios, espartanos e atenienses, dentre os mais conhecidos, apenas algumas das etnias que habitaram aquele Mundo. Não será desarrazoado pensar-se em culturas do Mundo helênico, no plural, portanto. Mas a cultura ateniense acabou se tornando a mais conhecida em razão daquilo que, do ponto de vista literário (relatos históricos, as tragédias, diálogos filosóficos), produziu, chegando até nós como relato vívido do que ocorrera naquelas terras do Mediterrâneo. E um dos aspectos destacados é justamente a forma de governo democrática de que fala Péricles, mas que, como se verá, não potenciava as liberdades mais do que em outras culturas.

Atenas conheceu, com efeito, o regime de governo tirânico e somente no início do século V a.C. passa por uma revolução social e política que criará, possivelmente através do gênio de Clístenes, um dos principais mecanismos tendentes à democracia: o ostracismo, que deveria impedir o retrocesso político. Essa instituição era, em realidade, uma punição política, que impunha o exílio por dez anos àquele que pretendesse fundar uma tirania<sup>241</sup>, guardando alguma familiaridade com os atuais instrumentos democráticos que suspendem os direitos políticos de alguém. Mas Mossé adverte que “[...] o ostracismo viria a constituir uma temível arma nas mãos do povo, e os inúmeros ostraka, que chegaram até nós, demonstram que nenhum político ateniense escapou à desconfiança popular.”<sup>242</sup> Como essa liberdade política se dava e quem, efetivamente, dela podia dispor?

<sup>240</sup> TUCÍDIDES. **História da guerra do Peloponeso**. Tradução de Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 109-111.

<sup>241</sup> MOSSÉ, Claude. **Atenas: a história de uma democracia**. 3. ed. Tradução de João Baptista da Costa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 23. Título original: **Histoire d'une démocratie**: Athènes.

<sup>242</sup> MOSSÉ, Claude. **Atenas: a história de uma democracia**. 3. ed. Tradução de João Baptista da Costa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 23. Título original: **Histoire d'une démocratie**: Athènes.

Havia para o ateniense uma determinação cívica para que participasse dos negócios políticos na *ágora*, tratando-se, mesmo, de uma questão de honra que nivelava os cidadãos em liberdade e igualdade<sup>243</sup>. Mas a participação popular exaltada por Mossé deve ser entendida com cautela, uma vez que a sociedade grega (na acepção ampla) era estamental, estabelecendo classes de indivíduos, nem todos detentores de direitos de liberdade. O pensamento de Platão, a este respeito, propunha a formação de uma elite, tornando “[...] as relações muito freqüentes entre os homens e as mulheres de escol e, pelo contrário, muito raras entre os indivíduos inferiores de um e de outro sexo; além disso, é preciso educar os filhos dos primeiros e não os dos segundos, se quisermos que o rebanho atinja a mais elevada perfeição.”<sup>244</sup> E no campo político, apenas os homens livres ou libertos podiam manifestar-se na *ágora*, mas não será estranho ao pensamento do discípulo de Sócrates que somente os melhores podiam governar a *pólis*, referindo: “[...] com efeito, neste Estado [idealizado pelo filósofo] só mandarão os que são verdadeiramente ricos, não de ouro, mas dessa riqueza de que o homem tem necessidade para ser feliz: uma vida virtuosa e sábia”<sup>245</sup>, imaginando, portanto, uma sofocracia, um governo de sábios.

Em contraposição às ideias de seleção dos melhores (para as magistraturas, para o aperfeiçoamento da classe dos cidadãos e da própria *pólis*), e de práticas absolutamente distintas às sugeridas na exaltação do modelo social e político ateniense feita por Péricles em seu discurso, como a da vigência de um regime escravocrata e da falta de apreço pela vida humana (que, em verdade, só as sociedades modernas conhecerão pela influência dos valores morais judaico-cristão),<sup>246</sup> há expressões em que a preocupação com o humano conotam com a

<sup>243</sup> MIGLINO, Arnaldo. **Il colore della democrazia**. Roma: M.C.R Editrice, 2006, p. 57.

<sup>244</sup> PLATÃO. **A república**. 3. ed. Tradução de Sampaio Marinho. Portugal (s/l): Publicações Europa-América, s/d, p. 186-187 (livro V).

<sup>245</sup> PLATÃO. **A república**. 3. ed. Tradução de Sampaio Marinho. Portugal (s/l): Publicações Europa-América, s/d, p. 186-187 (livro V).

<sup>246</sup> Conforme observa Amaral, nem mesmo o aristotelismo “[...] foi capaz de descobrir o valor absoluto da pessoa humana: por isso, não se insurge contra a escravidão, ou contra a “exposição” dos recém-nascidos.” (AMARAL, Diogo Freitas do. **História da ideias políticas**. V. I. Coimbra: Almedina, 1998, p. 130).

dignificação do homem. É bem conhecida, a esse propósito, a passagem em que Antígona, da peça de Sófocles, desafia o decreto real de Creonte, segundo o qual o corpo de Polinice deve permanecer insepulto, e enterra-o sob o argumento de que seu ato é concorde com a bondade e a sensatez dos homens<sup>247</sup>, afirmação que parece ultrapassar os aspectos mítico-religiosos.

c) Há uma larga distância entre gregos e romanos no que concerne à concepção de Mundo, a cosmovisão. Se os gregos almejavam a vida contemplativa e voltada para a aquisição da sabedoria, que constituiria a virtude máxima, os romanos mostrar-se-ão pragmáticos e é Cícero quem refere no início do livro primeiro **Da república** que “[...] não é bastante ter uma arte qualquer sem praticá-la”, defendendo uma ética concretizável pela participação na vida pública; e, dessa forma “a virtude afirma-se por completo na prática, e seu melhor uso consiste em governar a República e converter em obras as palavras que se ouvem nas escolas.”<sup>248</sup> E não será por outro motivo que os romanos destacar-se-ão naquilo que os demais povos antigos ficaram em defasagem, na sistematização de um *corpus iuris* e na prática forense que, conforme Hauriou, terá sido eficiente inclusive na proteção de certas liberdades.<sup>249</sup>

É claro que os romanos também estabeleceram sua sociedade de forma estratificada, havendo várias esferas sociais, incluindo aquelas em que seus membros eram coisificados, *tout court*. É Miranda quem nos dá uma boa noção disso:

<sup>247</sup> SÓFOCLES. Antígone. In ÉSQUILO, SÓFOCLES, EURÍPEDES. **Teatro grego**. Tradução de J. B. Mello e Souza. Rio de Janeiro: W. M. Jackson Inc., s/d, p. 156.

<sup>248</sup> CÍCERO, Marco Túlio. **Da república**. 5. ed. Tradução de Amador Cisneiros. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d, p. 19-20. Título original: **De republica**. Não podemos esquecer, contudo, que os romanos admiravam a filosofia grega e nela instruíam-se. É novamente Cícero quem nos revela isto numa das cartas ao filho, em que escreve: “Ainda que tu, Marco, meu filho, te encontres em Atenas a estudar há já um ano sob a direcção de Cratipo, importa, no entanto, que sejas instruído com grande empenho nos preceitos e doutrinas da filosofia devido ao elevado prestígio não só do mestre mas também da cidade, podendo aquele enriquecer-te com o seu saber enquanto esta, com seus exemplos”. CÍCERO, Marco Túlio. **Dos deveres**. Tradução, introdução, notas, índice e glossário de Carlos Humberto Gomes. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 15 (livro I). Título original: **De officiis**.

<sup>249</sup> HAURIOU, André. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. Paris: Éditions Montchrestien, 1968, p. 38-40.

*Em Roma, quem se encontra fora do círculo do Estado é hostis; o que se encontra no raio menor do império, mas fora da res publica, é hostis submetido – servus, dediticius, súbdito ou cliente; o que se encontra no raio menor, mais próximo da res publica, embora, ainda assim, fora dela é o aliado – socius, amicus; o que se acha na sociedade de res publica, mas fora do governo, é o civis, o qual toma parte na assembleia do populus; o que se encontra no interior da esfera do governo, visto que tem a pretensão de governar, é o nobilis da aristocracia; e este, na medida em que tem o poder executivo, é o magistratus e, na medida em que tem o direito de o controlar, é o pater, membro do senado.*<sup>250</sup>

O *servus* nada mais era que *res* e, enquanto não libertado, não gozava de direitos. No entanto, aqueles que os possuíam podiam reclamá-los em juízo, havendo, inclusive, a garantia do direito de liberdade física, o *interdito de homine libero exhibendo*<sup>251</sup>, que, como o *habeas corpus*, dirigia-se contra quem irregularmente detinha, enclausurava ou de qualquer forma impedia a fruição da liberdade de movimentos de alguém e podia ser impetrado por mulher ou por menor *impuber pubertate proximi* (emancipado por outorga do pai ou em razão de sua morte) em favor de parente. Mas as expressões de direitos de liberdades são, entre os romanos, um amplo leque, incluindo a liberdade política, que reivindicava a interação dos cidadãos no governo da cidade<sup>252</sup> e as liberdades civis que, mesmo com o fim da república, continuam presentes entre os cidadãos.

O constitucionalista francês Hauriou, ao mencionar o direito de contratar livremente o casamento – *justes nocces* –, a liberdade testamentária, a liberdade do comércio e da indústria e a propriedade privada, assinala que o direito romano cunhou não só um aspecto embrionário de liberdade individual, como aperfeiçoou o sistema jurídico no sentido de que as liberdades devessem ser

<sup>250</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 28. Cretella Júnior, ao tratar do *status libertatis*, refere, no entanto, que “No mundo romano, em relação à liberdade movimentam-se pessoas que, conforme a circunstância, recebem os nomes de *livres, semilivres, escravos, ingênuos, libertos, libertinos*, “in mancipio”, *colonos*”, o que nos dá a noção de que a categoria em que se enquadram as pessoas determinará a modalidade de sua liberdade. (CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de direito romano**. 13. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 90. No sentido idêntico CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 53 e s.

<sup>251</sup> SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Habeas corpus: críticas e perspectivas** (um contributo para o entendimento da liberdade e de sua garantia à luz do direito constitucional). 3. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2009, p. 144-146.

<sup>252</sup> HAURIOU, André. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. Paris: Éditions Montchrestien, 1968, p. 38.

respeitadas pelo poder.<sup>253</sup> E, por isso, conclui:

*On peut dire, finalement, si on veut synthétiser l'apport de Rome, que le génie romain a rationalisé le dialogue entre Pouvoir et Liberté, en en précisant les termes et, surtout, en portant l'essentiel du problème sur le plan juridique, c'est-à-dire en faisant intervenir, dans les rapports entre Pouvoir et Liberté, les idées conjointes de justice, de bien social et de valeur des procédures.*<sup>254</sup>

A história da liberdade dá um grande salto com a civilização romana, portanto, em termos qualitativos. Se, por um lado, os romanos, da mesma forma como se verifica no exame comparativo de outras civilizações da antiguidade, estruturaram uma sociedade em estamentos, por outro lado, começaram a definir o âmbito das liberdades legais, não só criando mecanismos jurídicos para sua garantia, como, também, determinando as relações entre cidadãos e os níveis de poder através da intervenção judicial.

### 2.1.2 A liberdade dos medievos

Como antes dito – e o simples percurso da História confirma-o –, o desenvolvimento do que ordinariamente se chama de civilização ocidental e da própria consciência dos âmbitos de liberdade consolidados em direitos (que podem ser constitucionais, mas são antes Direitos Humanos), não obedece a um programa, nem se pode dizer ter-se operado de forma retilínea. As muitas vicissitudes da antiguidade impediram que a civilização romana se tornasse o eixo central do Ocidente moderno: houve rupturas que determinaram uma nova (e talvez fundamental) escala histórica, a intermédia, em a qual o processo de civilização deixa de refletir sobre o homem, criando uma experiência cultural teocêntrica, enquanto que as expressões de poder político são plurais, dificultando a concepção da ideia de Estado nacional (a bem da verdade, então absolutamente

<sup>253</sup> HAURIOU, André. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. Paris: Éditions Montchrestien, 1968, p. 39.

<sup>254</sup> HAURIOU, André. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. Paris: Éditions Montchrestien, 1968, p. 40.

inexistente) e, por isso, do próprio relacionamento entre *auctoritas* e povo. Para uns, como S. Agostinho, Roma não poderia ser o esteio para novos tempos justamente por ter-se tornado autodestrutiva, na medida em que não só proliferou as guerras de sedição, como, também, seus costumes levaram à corrupção dos espíritos<sup>255</sup>; para História – a que se conta desde o ocaso de Roma –, as invasões bárbaras e o choque cultural causado pelo cristianismo foram decisivos para a fragmentação daquela civilização.

O cristianismo primitivo, aquele que buscou sua afirmação inclusive pelas guerras, como as que vivenciou Agostinho de Hipona, quem, nascido cidadão romano, tornou-se *lui-même* divulgador panfletário da nova religião, de fato, contribuiu para minar as bases da civilização dos césares. E não só. Conseguiu, ao longo dos séculos, criar uma cosmovisão para o homem ocidental, que terá surgido com referência ao Mundo heleno-latino, mas passará de antropocêntrica para teocêntrica. Ao criticar Cícero, a quem jocosamente denominava de *philosophaster*, ou seja, filósofo amador, Agostinho, deixando entredita esta nova experiência cultural, refere: “Desta maneira, [Cícero] não só nega a presciência de Deus, mas também procura destruir toda a profecia, mesmo que ela seja mais clara do que a luz, com vãos argumentos e opondo a si mesmo

<sup>255</sup> Em passagem eloquente de **A cidade de Deus**, o bispo de Hipona refere contra os historiadores romanos: “Se, portanto, estes historiadores pensaram que o que caracteriza uma honesta liberdade é não esconder as mazelas de sua própria pátria (que de resto noutras ocasiões não deixaram de exaltar com altos encómios), quando não tinham outra melhor razão para imortalizar os seus cidadãos – que nos convém a nós fazer (a nós de quem quanto maior e mais certa é a esperança em Deus, tanto maior deve ser a liberdade), quando eles imputam ao nosso Cristo os males presentes para alienarem os espíritos mais débeis e menos esclarecidos desta cidade [a cidade de Deus], única na qual devemos viver para sempre em felicidade? Nós não dizemos contra os seus deuses coisas mais horríveis do que os seus autores cuja obra eles lêem e elogiam. Deles é que colhemos os factos que relatamos – apenas não somos capazes de os relatar nem tão bem nem tão completamente.” E, após várias indagações que põem em causa as crenças e os próprios deuses romanos, Agostinho prossegue: “ – Onde estavam [os deuses] quando em Roma, após demoradas e graves sedições, a plebe, abrindo as hostilidades, acabou por se retirar para o Janículo, tendo sido tão funesta esta calamidade que se resolveu (o que só em perigo extremo se fazia) nomear Hortênsio ditador? [...] De resto as guerras multiplicavam-se então por toda parte a tal ponto que, por falta de soldados, se recrutavam proletários (assim chamados porque tinham por missão única gerar prole para o Estado, uma vez que, devido à sua pobreza, não podia fazer parte do exército).” (AGOSTINHO, Santo. **A cidade de Deus**. V. I. 2. ed. Tradução, prefácio, nota biográfica e transcrições de J. Dias Pereira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p. 330 e 333. Título original: **De civitate Dei**). As interpolações com colchetes não são do original.

certos oráculos que facilmente se podem refutar – mas nem sequer isto mesmo consegue.”<sup>256</sup>, desta forma revelando, por um lado, que Deus está no centro da vida humana – portanto, também da vida social –, e, por outro, estreitos limites do determinismo, uma vez que a promessa de graça divina ou de castigo limitarão as áreas de expansão da liberdade humana<sup>257</sup>. É por isso que Agostinho condena com veemência o suicídio, aquele que seria o mais fundamental e individual dos gestos de liberdade, referindo: “Só nos resta concluir que temos de aplicar apenas ao homem as palavras não matarás – nem a outro nem a ti próprio matarás pois quem a si próprio se mata, mata um homem.”<sup>258</sup>

O determinismo teológico-filosófico do período medieval,

<sup>256</sup> AGOSTINHO, Santo. **A cidade de Deus**. V. I. 2. ed. Tradução, prefácio, nota biográfica e transcrições de J. Dias Pereira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p. 485. Título original: **De civitate Dei**. A interpolação com colchetes não é do original.

<sup>257</sup> Ao tratar do pensamento de Agostinho acerca da liberdade, Brown refere: “[...] para Agostinho, a liberdade só podia ser a culminação de cura”. E, mais adiante, explica: “Em Agostinho, portanto, a liberdade não pode ser reduzida a um sentimento de escolha: trata-se de uma liberdade de agir plenamente. Tal liberdade deve envolver a transcendência do sentimento de opção. É que o sentimento de opção é sintoma de desintegração da vontade: a união final do conhecimento e do sentimento envolveria de tal maneira o homem no objeto de sua escolha, que qualquer outra alternativa seria inconcebível.” (BROWN, Peter. **Santo Agostinho: uma biografia**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 465-466. Título original: **Augustine of Hippo**). O rigorismo do bispo de Hipona vai muito mais longe e ele tende a reconhecer e a abandonar as tentações proporcionadas pelos sentidos. Por isso, ao falar das tentações do ouvido, refere que “Os prazeres do ouvido me prendem e escravizam com mais tenacidade. [...] Sinto que todos nossos afetos interiores encontram na voz e no canto um modo próprio de expressão, uma como misteriosa e excitante correspondência. No entanto, muitas vezes me seduzem” (AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. 3. ed. Tradução de Maria Luiza Jardim Amarante. São Paulo: Paulus, 2006, p. 307-308. Título original: **Confessiones**). Mais adiante, ao tratar da tentação do olhar, a *concupiscentia oculorum*, Agostinho é pungente: “Os olhos amam a beleza e a variedade das formas, o brilho e a luminosidade das cores. Oxalá tais atrativos não me acorremem a alma. [...] A própria rainha das cores, a luz que inunda tudo o que vemos, me alcança de mil maneiras, onde quer que eu esteja, durante o dia, e acaricia-me até mesmo quando me ocupo de outra coisa e dela me abstraio.” (*op. cit.*, p. 309-310). Há uma noção do *belo*, do esteticamente agradável aos sentidos que, no entanto, rivaliza com outra categoria fundamental para o pensamento e cultura medievais, que é a da fé em Deus, o único ente ao qual deviam os homens aspirar em comunhão salvadora. Tal rigorismo agostiniano entra nos séculos da baixa Idade Média, com vários seguidores, como indica ECO, Umberto. **Arte e beleza na estética medieval**. Tradução de Mario Sabino Filho. Rio de Janeiro: Record, 2010, *maxime* p. 26 e ss. Título original: **Arte e bellezza nell'estetica medievale**

<sup>258</sup> AGOSTINHO, Santo. **A cidade de Deus**. V. I. 2. ed. Tradução, prefácio, nota biográfica e transcrições de J. Dias Pereira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p. 158. Título original: **De civitate Dei**. Ao referir-se sobre o suicida, S. Agostinho escreve: “Antes se reconhece neste caso uma alma débil que não é capaz de suportar a dura servidão do corpo nem a estulta opinião do vulgo.” (*op. cit.*, p. 163).



considera – como pensava, aliás, S. Agostinho, quem não nega a legitimidade do rei autocrata, capaz de impor o mais severo dos regimes desde que isso implique na ascensão do homem da cidade terrena (a *Civitas diaboli*) para a cidade divina (a *Civitate Dei*) – que o homem terá como missão a procura da redenção, situação que apenas começa a sofrer alguma mudança com S. Tomás de Aquino. Ao tratar do pensamento teológico medieval, que é, fundamentalmente, o que domina todo aquele período, Maritain escreve que o homem

*[...] carrega a herança do pecado original, nasce despojado dos dons da graça, e, se bem que não sem dúvida substancialmente corrompido, é ferido em sua natureza. Doutro lado, é ferido para um fim sobrenatural: ver a Deus como Deus se vê; é feito para atingir à vida mesma de Deus; é atravessado pelas solicitações da graça atual, e se não opõe a Deus seu poder de recusa, é portador, desde a terra, da vida propriamente divina da graça santificante e de seus dons.*<sup>259</sup>

O tomista francês vai mais longe em suas observações quando refere que o pensamento filosófico-teológico da Idade Média era dominado por S. Agostinho e que aquele período era “puramente e simplesmente” católico cristão, expressão religiosa (consequentemente, de moral religiosa) que se estabelece como paradigma cultural:

*Quando afirmava ao mesmo tempo a plena gratuidade, a soberana liberdade, a eficácia da graça divina, - e a realidade do livre arbítrio humano; quando professava que Deus tem a primeira iniciativa de todo bem, que ele dá o querer e o fazer, que em coroaando nossos méritos ele coroa seus próprios dons, que o homem não pode salvar-se sozinho, nem começar sozinho a obra de sua salvação, nem preparar-se para ela sozinho, e que por isso mesmo ele só pode o mal e o erro; - e que entretanto é livre quando age sob a graça divina; e que, interiormente vivificado por ela, é capaz de atos bons e meritórios; e que é o único responsável do mal que pratica; e que sua liberdade lhe confere no mundo um papel e iniciativas de importância inimaginável; e que Deus, que o criou sem ele, não o salva sem ele; assim pois, quando a Idade Média professava essa concepção do mistério da graça e da liberdade, é puramente e simplesmente a concepção cristã e católica ortodoxa que afirmava.*<sup>260</sup>

<sup>259</sup> MARITAIN, Jacques. **Humanismo integral**: uma visão nova da ordem cristã. 5. ed. Tradução de Afrânio Coutinho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1965, p. 10. Título original: **Humanisme intégral**.

<sup>260</sup> MARITAIN, Jacques. **Humanismo integral**: uma visão nova da ordem cristã. 5. ed. Tradução de Afrânio Coutinho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1965, p. 10. Título original: **Humanisme intégral**.

O pessimismo agostiniano em relação ao homem – que é essencialmente marcado pelo pecado original –, é, inegavelmente, também verificado como característica do Ocidente medieval, sendo sensível nas mais diversas expressões, inclusive artísticas, bastando que se compare a arte pictórica do período com o que se sucede com o advento da Renascença, uma espécie de revolução cultural em termos abrangentes. Nesse ambiente, que havia passado por invasões dos bárbaros, pela instabilidade e insegurança, observam-se, no plano político, duas notas de relevo: a primeira, a fragmentariedade do poder político, que vai distribuído entre o rei, a igreja, os barões e os senhorios corporativos. Não há um poder central que coordene um projeto de Estado. Aliás, será acertado dizer, secundando a lição de Heller, que “[...] a denominação “Estado medieval” é mais que duvidosa”<sup>261</sup>. Em segundo lugar, conforme lembra Miranda<sup>262</sup>, a influência das concepções germânicas em boa parte da Europa continental, faz com que o príncipe esteja no centro da vida política. Não será por outro motivo que a justiça deve representar e zelar pela dignidade do príncipe. Em Portugal, onde não se chegou a experimentar o feudalismo característico do continente, havia a figura do rei itinerante, estabelecendo ele próprio a unidade do povo e distribuindo a justiça, ao mesmo tempo em que constituía o *corpus iuris* do que se pretendia como Estado unitário. Tem, por isso, perfeito cabimento a observação feita por Pérez-Prendes com relação à forma de governo:

*La función institucional de los monarcas medievales se centró en constituir la expresión más elevada de la autonomía jurídica de la comunidad política, así en el interior como en exterior de ella. Para lograrlo se le atribuye la máxima autoridad en el uso de la fuerza, en lo bélico y en lo jurídico.*<sup>263</sup>

Ora, nesta sua condição, o rei, mais ou menos ao modo como Maquiavel recomendou no seu pequeno-grande livro **O príncipe**, praticava atos magnânimos, inclusive podendo impedir a execução da pena de morte; intervinha,

<sup>261</sup> HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 158. Título original: **Staatslehre**.

<sup>262</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 30.

<sup>263</sup> PÉREZ-PRENDES, José Manuel. **Instituciones medievales**. Madri: Editorial Sintesis, 1997, p. 89. Fizemos aqui uma tradução livre do texto.

também, nas situações em que a salvaguarda de um mínimo de paz social era importante para a estabilidade do trono. Em Portugal, as Posturas do rei Afonso II, de 1211, proibiram a vingança particular na casa do inimigo (uma herança do direito germânico) e já no século XII, durante o reinado de D. Afonso Henriques, deu-se *Carta de Fidelidade e Segurança* para colocar-se a salvo todo muçulmano vítima de perseguições.<sup>264</sup> Também na Península Ibérica, vamos encontrar no reino de Aragão um expediente jurídico capaz de controlar eventuais abusos cometidos durante a prisão de quem estivesse a responder à ação penal, a *Manifestación de Personas*, através do que se podia, inclusive, obter a medida *casa por cárcere*, uma espécie de prisão domiciliar. Contudo, cabe destacar que se está referindo a um cenário medieval, cuja constituição social era eminentemente estamental e o direito à *manifestación* não se destinava a plebeus nem àqueles que estivessem sujeitos ao Tribunal do Santo Ofício; ou seja, os direitos de liberdade existiam para poucos<sup>265</sup>.

### 2.1.3 O Renascimento como força motriz cultural do reconhecimento de novos papéis para o cidadão

Ao fim do século XV a Itália auspicia uma das mais importantes revoluções culturais de que se tem tido notícia, o Renascimento. As bases intelectuais da Idade Média são colocadas em causa pelo humanismo, que lança um olhar para a antiguidade greco-latina, retomando seus princípios estéticos. Trata-se verdadeiramente de uma viragem intelectual, inclusive pelo fato de os eruditos do período terem concentrado nos *studia humanitatis* matérias como a História e a filosofia moral, que saem de campos restritos e de um *lócus* inatingível por muitos, e passam a ser exploradas por pessoas que têm na estética

<sup>264</sup> SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Habeas corpus**: críticas e perspectivas (um contributo para o entendimento da liberdade e de sua garantia à luz do direito constitucional). 3. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2009, p. 149-154.

<sup>265</sup> SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Habeas corpus**: críticas e perspectivas (um contributo para o entendimento da liberdade e de sua garantia à luz do direito constitucional). 3. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2009, p. 146-149.

platônica, aristotélica, para além da judaica e muçulmana, influência decisiva<sup>266</sup>. É quando surgem humanistas da estatura de Ficino e Pico, cujo interesse filosófico radicar-se-á na especulação da dignidade do homem. É uma atitude intelectual – e, também, um compromisso intelectual –, aliás, que, conforme escreve Kristeller, atribui ao homem um lugar de destaque no arranjo do universo<sup>267</sup>; e essas reflexões são levadas a cabo com maior ênfase e de forma mais sistemática do que se viu no modelo da antiguidade clássica seguido pelos humanistas<sup>268</sup>. Pico, em seu **Discurso sobre a dignidade do homem**, escrito em 1486, traspassa o homem-matéria e preocupa-se com o ser metafísico, que é uma obra de Deus de “natureza indefinida”<sup>269</sup>. Não lhe é dado um “lugar determinado”, nem um aspecto próprio, nem mesmo tarefa específica, a fim de que possa livremente fazer suas escolhas; os outros seres obedecem a uma legislação divina, enquanto que o homem as faz para si segundo seu arbítrio<sup>270</sup>. Este homem, portanto, não tem um lugar fixo no Mundo, nem em essência ou natureza, nem em possibilidades, mas é um ser que se faz no curso de sua existência, tendo a liberdade para degenerar até chegar ao nível das bestas, mas para quem sempre é dada a possibilidade de regenerar-se até as “realidades superiores que são divinas”<sup>271</sup>.

Essa viragem cultural é, pode dizer-se, integral e refletir-se-á inclusive nas artes plásticas, passando o homem a ser esculpido e retratado sem

---

<sup>266</sup> KRISTELLER, Paulo O. **El pensamiento renacentista y sus fuentes**. Tradução ao espanhol de Federico Patán López. Madri: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 230-233. Título original: **Renaissance thought and its sources**.

A diversidade de influências é facilmente percebida ao ler-se MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Edição bilíngue. Lisboa: Edições 70, 2008. Título original: **Oratio de hominis dignitate**, que cita o grego e o hebraico, e terá tido contato com a gente da Escola Talmúdica de Itália.

<sup>267</sup> KRISTELLER, Paulo O. **El pensamiento renacentista y sus fuentes**. Tradução ao espanhol de Federico Patán López. Madri: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 230. Título original: **Renaissance thought and its sources**.

<sup>268</sup> KRISTELLER, Paulo O. **El pensamiento renacentista y sus fuentes**. Tradução ao espanhol de Federico Patán López. Madri: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 232. Título original: **Renaissance thought and its sources**.

<sup>269</sup> MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Edição bilíngue. Lisboa: Edições 70, 2008, p. 57. Título original: **Oratio de hominis dignitate**.

<sup>270</sup> MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Edição bilíngue. Lisboa: Edições 70, 2008. Título original: **Oratio de hominis dignitate**.

<sup>271</sup> MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Edição bilíngue. Lisboa: Edições 70, 2008. Título original: **Oratio de hominis dignitate**.

os pudores antes determinados pela Igreja; o antropocentrismo cultural toma lugar do teocentrismo, e como consequência disso, a igreja é questionada, até mesmo no que tem de influente no poder político: o poder espiritual que até então vinha compartilhando com o poder temporal do monarca para o estabelecimento de direção e ordem para as sociedades, é colocado em causa e vai, pouco a pouco, perdendo seu posto.

Verificam-se, também nos campos político e econômico, profundas transformações. Os Estados monárquicos unificados consolidam-se, destacando-se Inglaterra, França, Espanha e Portugal; há já inspiração para a formação dos Estados-nação, cuja *ratio* política não mais se mescla com a moral<sup>272</sup>; os avanços tecnológicos da navegação impulsionam a travessia dos mares e a descoberta de novas terras possibilita o surgimento dos grandes impérios; a economia puramente feudal será substituída por um mercado que atravessa as regiões fronteiriças. Isto tudo, somado ao que o humanismo vinha cunhando em termos intelectuais, vai repercutir na formação de novas concepções de liberdade.

É verdade que as coisas não se operaram simplesmente dum momento para outro: a Renascença, antes de ser caracterizada como o puro e instintivo olhar para a estética da antiguidade clássica e pela circunstância das descobertas (tecnológicas e marítimas), é resultado da *intelligentsia* brotada numa sociedade que conhecia alguma organização política e que já reivindicava certas liberdades ainda na baixa Idade Média. A propósito disso, Skinner refere que na metade do século XII, na região norte da Itália, “[...] o poder dos cônsules foi suplantado por uma forma mais estável de governo eletivo à volta de um funcionário conhecido como *podestà*, assim chamado porque era investido com o poder supremo – ou *potestas* – sobre a cidade.”<sup>273</sup>, abrindo, com isso, a senda para

---

<sup>272</sup> Maquiavel oferece-nos uma ideia de razão do Estado que se poderia denominar de amoral, no sentido em que se mostra pragmática e tendente à concepção de programas nacionais.

<sup>273</sup> SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. Tradução de Renato Janine Ribeiro e de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 25. Título original: **The foundations of modern political thought**.

as liberdades dos modernos. A cidade-república de Florença é uma das que se destaca quanto ao modelo de governo e pelas liberdades políticas, entendendo o cientista político de Cambridge que a irradiação disso pelo norte da Itália provocará interesse em duas questões, “a necessidade de conservar-se a liberdade política e os perigos para a liberdade que representavam, na península, os exércitos mercenários permanentes.”<sup>274</sup> Assim, surgem as condições para as opções republicanas que, de fato, vão se verificando, na mesma medida em que o Estado-nação vai tornando-se realidade. Mas o período é de transição e, portanto, antes de os paradigmas culturais estarem consolidados, eles mesclam-se, havendo o convívio dos antigos com os novos. É por isso que na Florença de Maquiavel e de Dante, Lourenço, o Magnífico, patrono das artes e amante da boa vida, atentou contra as liberdades públicas; e Jerônimo Savonarola, um monge que detém força política em fins do século XV, influenciará a queima de livros e de obras de arte durante a quaresma de 1497<sup>275</sup>. É, portanto, o período da agonia da Idade Média, que estertorava.

#### 2.1.4 A liberdade dos modernos e a fixação dos direitos de liberdade

A ebulição de novas ideias ao longo da Renascença dá-se em momento de crise dos paradigmas da cultura medieval, quando, portanto, há uma espécie de exaustão de seus valores. Há nisso a preparação para o ingresso da Europa num novo estágio histórico-civilizacional, o da Idade Moderna, quando o Estado surge em sua inteireza conceitual sob a forma de Estado-nação, isto é, tendo como referenciais ideológico e político a estruturação dos objetivos depreendidos do próprio povo, e como propulsor disso o poder político, que se transforma em soberania.

---

<sup>274</sup> SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. Tradução de Renato Janine Ribeiro e de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 219. Título original: **The foundations of modern political thought**.

<sup>275</sup> CHEVALIER, Jean-Jacques. **Las grandes obras políticas desde Maquiavelo hasta nuestros días**. Tradução para o espanhol de Jorge Guerrero R. Bogotá: Temis, 1997, p. 7. Título original: **Les grandes œuvres politiques**.

O movimento cultural-político-econômico-jurídico de fins do século XVI, dominado pelos humanistas, será, dessa forma, o arrimo para a circunstância<sup>276</sup> moderna, e já no século XVII, quando um Baruch Spinoza, bebendo nas fontes intelectuais do judaísmo, mas vivendo o cosmopolitismo dos Países Baixos, para onde muitos judeus se refugiaram após o decreto de expulsão dos reis católicos em 1492, pregará o panteísmo e a democratização das práticas religiosas<sup>277</sup>; o pensamento cartesiano, por outro lado, introduzirá o problema da dúvida ao mesmo tempo em que fulcra o conhecimento do homem no *cogito*; mais adiante, já durante o iluminismo do século XVIII, o enciclodismo tentará minar as forças da igreja católica, e Voltaire, no seu **Dicionário filosófico**, tratará da liberdade de pensamento e da tolerância, expressões que, sem dúvida, contrastavam com os dogmas religiosos daquele período<sup>278</sup>. Vê-se, por tudo isso, a erupção de uma nova consciência do homem, de suas potencialidades e de sua dignidade, formando um novo ambiente cultural, que será propício à estruturação dos direitos dos modernos.

As mudanças nos campos econômico e social, decorrentes dos avanços científicos e das descobertas, que propiciaram o surgimento do

<sup>276</sup> O termo é aqui empregue no sentido orteguiano – *circum-stantia* –, ou seja, tudo o que está ao nosso redor e que, na visão global do homem como ser histórico, será representado por círculos concêntricos. Ao interpretar a filosofia circunstancial de Ortega y Gasset, Kujawski refere que “A circunstância inclui-se sucessivamente, em outra circunstância maior, num jogo de círculos concêntricos, cuja circunferência ou periferia é o universo” (KUJAWSKI, Gilberto de Mello. **Ortega y Gasset: a aventura da razão**. São Paulo: Moderna, 1994, p. 15). E melhor aclarando seu pensamento, Ortega refere: “El hombre rinde el máximo de su capacidad cuando adquiere la plena conciencia de sus circunstancias. Por ellas comunica con el universo.” (ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo I (1902-1915). Madri: Taurus, 2004, p. 754.).

<sup>277</sup> SPINOZA, Baruch. **Tratado teológico-político. Tratado político**. Tradução para o espanhol de Enrique Tierno Galván. 3. ed. Madri: Tecnos, 1996, p. 31 e s. (em outras edições, cf. capítulo V, do primeiro dos livros, Tratado teológico-político). Esse panteísmo surgido com Spinoza terá força na filosofia de uma moral prática norte-americana, especialmente com Emerson, quem combaterá o dogmatismo puritano dos colonos. Sobre isso, cf. a apresentação que fizemos à tradução de INGENIEROS, José. **Para uma moral sem dogmas**. Tradução, apresentação e notas de Isaac Sabbá Guimarães. Curitiba: Juruá, 2009, p. 9-22.

<sup>278</sup> VOLTAIRE. **Dictionnaire philosophique**. Paris: Flammarion, s/d, verbetes *liberté de penser* e *tolérance*. Com relação a esta última ideia, que se tornará uma das centrais no momento pós-revolucionário francês, o filósofo comenta tratar-se de um apanágio “[...] de l’humanité, nous sommes tous pétris de faiblesses et d’erreurs; pardonnons-nous réciproquement nos sottises, c’est la première loi de la nature”. E, mais adiante, Voltaire conclui: “Mais il est plus clair encore que nous devons nous tolérer mutuellement, parce que nous sommes tous faible, inconsequents, sujets à la mutabilité, à l’erreur.” (op. cit., p. 362-363; 368).

capitalismo, repercutirão na forma de como os modernos considerarão os direitos de liberdade. Se durante a antiguidade a falta de delimitação entre as esferas privada e pública, bem como a convocação dos homens livres ou libertos para os negócios políticos na *ágora* grega ou no *forum* romano os massificava – ao mesmo tempo em que se viam outras classes de pessoas sem as liberdades políticas –, a partir da Idade Média haverá, por um lado, a submissão do homem a uma expressão poliárquica de organização política e, por outro, o modelo econômico baseado no feudalismo tradicional que não permitia se definissem as margens de liberdades individuais. Contudo, o aparecimento, por primeiro em Florença e posteriormente no restante do continente, da liberdade gremial e industrial e da liberdade aquisitiva e comercial do indivíduo, quando já se podia constatar a existência de uma classe burguesa, permitirá um princípio de estruturação dos direitos individuais; o que será posto em evidência através dos contrastes entre a forma de governo do *Ancien Régime* e o ambiente cultural e econômico (é por isso que, no campo político, Peces-Barba considera o estágio do absolutismo um episódio necessário para que, além centralizar o poder político e estabelecer alguns papéis de domínio, tornasse “[...] nítida una de las primeras funciones que se atribuyen a los derechos: limitar al poder del Estado.”)<sup>279</sup>

Há dois momentos paradigmáticos relacionados com essa absoluta viragem no modo de tratar as liberdades: a declaração de independência dos norteamericanos e a revolução francesa de 1789; aqueles, os europeus anglo-saxônicos renovados, partindo de uma circunstância diversa da dos franceses, já que sua matriz política-jurídica havia consolidado o âmbito das liberdades civis em cartas de direitos desde o século XVII, enquanto que os *révolutionnaires* lutavam contra um regime que não garantia liberdades; uns, concebendo sua existência política e declarando as liberdades fundadoras do Estado que surgia e os outros destituindo as velhas bases políticas de que eram constituídos, depondo, por outras palavras, o *Ancien Régime* para, partindo das redefinidas expressões

<sup>279</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Transito a la modernidad y derechos fundamentales. In PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio et FERNANDES GARCÍA, Eusebio (Orgs). **Historia de los derechos fundamentales**. Tomo I: Transito a la modernidad. Siglos XVI y XVII. Madrid: Dykinson, 1998, p. 22 (fizemos aqui uma tradução livre).



socioculturais, tratar da transformação da ordem social<sup>280</sup>; os primeiros, já ciosos das liberdades conhecidas pelos reinóis britânicos e transportadas para as colônias, mas pouco a pouco esvaziadas de certas garantias, enquanto que os últimos, majoritariamente pequenos agricultores – 85% da população francesa vivia nos campos –, eram arrojados pelo feudalismo e pela excessiva taxação de seus produtos<sup>281</sup>. No entanto, ambas experiências de constitucionalismo provêm de fontes comuns, que marcarão a concepção das liberdades: o jusracionalismo, o contratualismo e a teoria da divisão de funções do Estado. Por isso que tanto a Declaração de Direitos da Virginia, de 1776, quanto a Declaração de Direitos do Homem e Cidadão, de 1789, são escritas pelos representantes do povo; ambas reconhecendo direitos naturais e inalienáveis dos homens, regidos pelos princípios da igualdade e universalidade; ambas determinando a separação de poderes como forma de impedimento de abusos e, principalmente, estatuidando que as liberdades são definidas pela lei (a *law of land*, a *loi*). Eis a marcante contribuição desse momento que representa um divisor de águas entre o velho e o novo: a ideia de que as liberdades devem permanecer a salvo de intromissões do Estado – liberdade negativa –, cabendo à entidade política garantir-lhe o âmbito de desenvolvimento pessoal e definir, pela lei, sua extensão, ou, na fórmula que até hoje vige nas constituições, a conotação de liberdade com tudo o que for expressamente permitido ou não proibido em lei. Passou-se a experimentar a ideia

---

<sup>280</sup> Grimm, ao tratar dos movimentos de constitucionalismo, refere que “La explicación del origen del constitucionalismo moderno ha acabado por adaptarse al ejemplo francés. Naturalmente, este modo de proceder no tiene el sentido de poner en duda la prioridad americana en la constitucionalización; cuando la Asamblea nacional francesa si dispuso a elaborar una constitución, ya podía recurrir al ejemplo americano. No obstante, la decisión francesa no consistió en una simple imitación o recepción del proceso americano. La Revolución francesa no fue primariamente la implantación de un Estado constitucional dispuesto según aquel modelo: su meta se allaba, más bien, en la transformación del orden social.” (GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Tradução para o espanhol de Antonio López Pina. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 61-62. Título original: **Die Zukunft der Verfassung**).

<sup>281</sup> Vovelle refere que todo campesinato sofria ainda, embora em graus variados, o domínio do sistema “senhorial”. A aristocracia nobiliárquica, no seu todo, detinha parte importante do território, talvez 30%, enquanto o clero, outra ordem privilegiada, possuía entre 6 a 10%” (p. 12). Mais adiante, o historiador escreve: “Os primeiros sinais de mal-estar aparecem na década de 80 do século XVIII nos campos franceses: uma estagnação dos preços dos cereais e uma grave crise de superprodução vitícola” (p. 22). (VOVELLE, Michel. **A revolução francesa**. 1789-1799. Tradução de Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, 2007. Título original: **La révolution française**, 1789-1799).

de liberdade legal.

## 2.2 O problema da legitimação dos direitos de liberdade

No introito da Declaração de Independência norte-americana, de 1776, redigido por Thomas Jefferson, o Congresso Geral proclamou: “Consideramos as seguintes verdades como autoevidentes, a saber, que todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade.”<sup>282</sup> A Declaração, que se radica no pensamento jusnaturalista, afirma aqueles bens jurídicos irreduzíveis, que constituem os aspectos da humanidade e que serão repetidos por outras declarações e pelas Constituições. Mais: esses direitos inerentes aos homens devem ser observados pelo poder político que, ao fim e ao cabo, deriva do “consentimento dos governados”; de maneira que, desdobrando-se as consequências da Declaração, o próprio Estado é integrado por essa substância moral, que tem força suficiente para determinar a modificação da forma de governo que for nociva à consecução dos direitos. Por outras palavras, o Estado haure essas verdades, que são inquestionáveis porque autoevidentes. Mas aqui surge um problema: se os direitos do homem e suas qualidades são *autoevidentes*, devendo, por isso, ser respeitados por todos, inclusive pelo governo, como referem os Pais da Pátria na Declaração de 1776, por que motivo há a necessidade de sua positivação num documento político?

O problema não é novo, tendo havido quem, como Joaquín Costa<sup>283</sup>, sustentasse a desnecessidade da positivação das liberdades individuais em documentos político-jurídicos, argumentando que sua proclamação em Constituições ou em outras normas jurídico-legais, ocorre por motivo histórico, como forma afirmar solenemente a personalidade do homem, impedindo sua

---

<sup>282</sup> *Apud* COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 121.

<sup>283</sup> Cf. Capítulo 1, item 1.2.4

negação ou o risco de retrocesso a um sistema que já os negara. Mas ainda assim, o problema persiste, e pode ser colocado de outra maneira: se os direitos de liberdade – do ponto de vista filosófico, radicados todos na ideia de liberdade –, os mesmos que surgiram com a pretensão de universalidade e dos quais mais tarde derivaram os Direitos Humanos reconhecidos pela comunidade mundial, são *autoevidentes*, o que lhes conferiu maior dignidade a ponto de serem legitimados em documentos político-jurídicos e comprometerem os Estados quanto à sua observância?

Pode sondar-se a questão segundo algumas linhas filosóficas e teóricas, como, aliás, demonstra Cenni em amplo estudo que trata da liberdade nas suas diversas configurações, inclusive em relação ao direito, retomando o ideário que vai da Idade Média aos iluministas, não descurando dos pensadores políticos. Mas, como adverte o autor, a investigação deve partir da metódica metafísica, pois que, não sendo coisa sensível, a liberdade entremeia-se com a ideia *colta dalla mente*.<sup>284</sup> Por outras palavras, pode dizer-se, ainda seguindo o raciocínio de Cenni, que a liberdade antes de ser puro esquema cerebral, cabe dentro dos quadrantes culturais. Daí que sua substância seja fundamentalmente especulável através dos princípios da *scienza razionale*, isto é, a metafísica. Mas não se pode, exatamente por causa da essência culturalista observável no percurso histórico da liberdade, descartar a via hermenêutica, especialmente na antropologia cultural. Contudo, ainda que se tenha reduzido a área de especulações à metafísica e à antropologia cultural, estar-se-ia diante de um *mare magnum* invencível. É necessário, pois, delimitar-se a investigação.

Ao arrancar-se da premissa de autoevidência que, embora não expressamente escrita como na Declaração americana de 1776, se faz presente em outras declarações de direitos do século XVIII, e também, de forma transversa, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, quando se

---

<sup>284</sup> CENNI, Enrico. **Della libertà considerata in sè stessa, in relazione al diritto, alla storia, all'età moderna, e al progresso dell'umanità.** Nápoles: R. Tipografia Francesco Giannini & Figli, 1891, p. 7.

prescreve em seu preâmbulo “que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo”, parece poder situar-se o exame do problema na filosofia que, por um lado, se radica no jusnaturalismo tributário do iluminismo, por outro, na metafísica do idealismo. Sob este aspecto, Kant assume proeminência dentre os pensadores do período<sup>285</sup> e oferece categorias necessárias às especulações que aqui são desenvolvidas.

Numa outra perspetivação, será lícito dizer-se que os movimentos políticos verificados entre os séculos XVII e XIX, quando se elabora a formação do Estado moderno, são fundamentais para a definição das liberdades civis<sup>286</sup>. Mas eles não são expressão única nem fenómeno *ex abrupto*: são apenas a parte visível do que, como terá dito Unamuno, é registrado nos livros de História: sob os feitos de vulto há uma densa rede de acontecimentos que fazem parte da vida *intra-histórica*, que lhe dão impulso. A revolução francesa de 1789 não se deve, exclusivamente, a um Robespierre, mas à *intelligentsia* que a antecedeu, cujo pensamento político fermentou entre os revolucionários; e, num outro nível de análise, pode dizer-se que a literatura que atravessou o *Quattrocento* e chegou até

---

<sup>285</sup> Neste sentido, o pensamento de Cenni, para quem é oportuno tratar da filosofia kantiana seja “per la importanza dello scrittore, patriarca della filosofia tedesca”, seja pelo fato de sua doutrina moral e jurídica ter sido observada para além das fronteiras alemãs (CENNI, Enrico. **Della libertà considerata in sè stessa, in relazione al diritto, alla storia, allà società moderna, e al progresso dell’umanità**. Nápoles: R. Tipografia Francesco Giannini & Figli, 1891, p. 301). PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José. El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos. In PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio; ASÍS ROIG, Rafael de (Orgs.). Historia de los derechos fundamentales. T. II, vol. II. Madri: Editorial Dykinson, 2001, p. 451, referem que a teoria dos direitos humanos tem a marca de Kant, e completam: “Los principales elementos constitutivos de la idea de los derechos humanos, la necesaria correlatividad entre tales derechos y la noción del Estado de Derecho, la concepción axiológica de las libertades como explicitaciones de la justicia, el diseño de los valores fundamentales (*Grundwerte*) de los que dimanar las concretas garantías y libertades cívicas, son aportaciones básicas debidas al pensamiento de Kant.”

<sup>286</sup> Para os fins aqui perseguidos, a liberdade civil é formulada como liberdade negativa, ou seja, “quelle libertà che si traducono in capacita di agire in assenza d’impedimenti o di costrizioni, all’interno di una sfera sicuramente delimitata, e sicuramente autonoma, prima di tutto nei confronti del potere político.” (FIORAVANTI, Maurizio. **Appunti di storia delle costituzioni moderne**. Le libertà fondamentali. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995, p. 18). De forma mais desenvolvida, BERLIN, Isaiah. **Cuatro ensayos sobre la libertad**. Tradução para o espanhol de Julio Bayón. Madri: Alianza Editorial, 1998, p. 220-231.

o iluminismo importará na formação de uma cultura das liberdades e de valorização do homem, com sua emancipação como ser com dignidade<sup>287</sup>; num nível mais elementar, estariam outras expressões fenomênicas, como as que se depreendem da economia, do progresso científico e das descobertas. As práticas políticas do medievo também contribuirão com o edifício de concepções acerca da liberdade, e Fioravanti destaca, a este respeito, os *contratti di dominazione*, nos quais “i signori territoriali pongono per iscritto [...] le norme che sono destinate a regolare, anche sotto il profilo dei diritti e delle libertà, i rapporti con i ceti”<sup>288</sup>, embora, no período, ainda não houvesse um *corpus iuris*, mas, apenas um *ius involuntarium*, o que se forma pela consolidação dos costumes. *Nihil sine causa*, de forma que se algum estudioso se dispuser a procurar outras fontes, poderá encontrar inúmeras, até encontrar um étimo na antiguidade. Assim, o método hermenêutico de examinar-se a antropologia, também será de valia nesta tentativa de encontrarem-se aspectos legitimadores dos direitos de liberdade.

### 2.2.1 Abordagem filosófica em Kant

A tônica central da filosofia kantiana, como adverte Tonetto ao bosquejar um amplo quadro do trabalho do professor de Königsberg, é a liberdade<sup>289</sup>. Mas suas meditações transcendem os problemas antes relacionados com o livre arbítrio, para enfrentar as situações problemáticas do determinismo, a fim de sondar a existência da liberdade *a priori*, o que marcará o idealismo transcendental. A questão, em termos gerais, se concentra em identificar a manifestação de liberdade independente de fatores de sua causação; ou, expondo

<sup>287</sup> A esse respeito, HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, *maxime* p. 35-69. Título original: **Inventing human rights – a history**.

<sup>288</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Appunti di storia delle costituzioni moderne**. Le libertà fondamentali. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995, p. 20.

<sup>289</sup> TONETTO, Milene Consenso. **Direitos humanos em Kant e Habermas**. Florianópolis: Insular, 2010, p. 29. No mesmo sentido CAYGILL, Howard. **Dicionário Kant**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 216. Título original: **A Kant dictionary**.

de outra forma, tratar de investigar a existência de uma liberdade espontânea, da qual decorram fenômenos verificáveis pelos sentidos independentemente de uma linha consequencial de fenômenos<sup>290</sup>. A situação, em boa verdade, expõe uma fratura na arraigada crença da liberdade como evidente por si, como signo do homem, e é enfrentada por Kant exatamente sob esse suposto, de forma a que se entendam compatíveis determinismo e liberdade<sup>291</sup>.

Antes de tudo, Kant parte da construção do conceito de conhecimento transcendental para referir-se às implicações entre fenômeno e ideação e, desta forma, estabelecer uma aproximação ao problema das relações causais. Para o autor da **Crítica da razão pura**, o conhecimento depende de duas fontes fundamentais do espírito: “a primeira consiste em receber as representações (a receptividade das impressões) e a segunda é a capacidade de conhecer um objecto mediante estas representações (espontaneidade dos conceitos).”<sup>292</sup> Pela manifestação de recepção de impressões, um objeto é-nos *dado* e pela capacidade de conhecer, um objeto pode ser *pensado*. Portanto, o homem (como ser numênico<sup>293</sup>) elabora intuições e conceitos, que são elementos do conhecimento. Aliás, elementos indissociáveis, de maneira que não se pode ter conhecimento apenas pela intuição ou apenas pelo conceito. Mas é importante destacar, na conceitologia kantiana sobre conhecimento, que a intuição está aberta ao Mundo externo e, portanto, sensível. Por isso a afirmação de que a intuição “nunca pode

<sup>290</sup> Ao tratar da matéria, Arendt sintetiza o problema da seguinte forma: “no momento em que refletimos sobre um ato que foi empreendido sob a hipótese de sermos um agente livre, ele parece cair sob o domínio de duas espécies de causalidade: a causalidade da motivação interna, por um lado, e o princípio causal que rege o mundo exterior, por outro.” (ARENDT, Hanna. **Entre o passado e o futuro**. 7. ed. Tradução de Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2011, p. 190. Título original: **Between past and future**).

<sup>291</sup> TONETTO, Milene Consenso. **Direitos humanos em Kant e Habermas**. Florianópolis: Insular, 2010, p. 30-37.

<sup>292</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5. ed. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 88. Título original: **Kritik der Reinen Vernunft**.

<sup>293</sup> Adjetivação que deriva da categoria kantiana *númeno*, que indica “o objeto do conhecimento intelectual puro, que é a *coisa em si*.” (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 4. ed. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 718. Título original: **Dizionario di filosofia**). O homem, portanto, não é apenas ser sensível, que intui o que lhe é dado, mas tende a conhecer a coisa em, fazendo uso da razão.

ser senão *sensível*, isto é, contém apenas a maneira pela qual somos afectados pelos objectos”<sup>294</sup>. O problema que aqui surge quanto ao conhecimento transcendental é o de identificar a intuição *a priori*, ou seja, uma intuição externa que preceda os objetos.

Kant, ao tratar da estética transcendental, estabelece, em primeiro lugar, a intuição relacionada a um objeto, que se chama *empírica*.<sup>295</sup> É através das representações que fazemos das coisas que passamos a formar o conhecimento. A estética transcendental, no entanto, pressuporá a intuição pura, que deve ser encontrada absolutamente *a priori* no espírito<sup>296</sup>. Por outras palavras, a estética transcendental relaciona-se com a sensibilidade *a priori* e é, pois, diversa das intuições sensíveis em geral. Para aí chegar-se, é necessário que se reflita sobre a possibilidade de abstrair da formação de representações todo pensamento com seus conceitos condicionantes; e, também, tudo o que esteja no domínio da sensação, para que fique apenas a intuição pura<sup>297</sup>. Ao reduzir a estes termos o sistema problemático, Kant dirá que só há duas formas puras de intuição sensível: o espaço e o tempo. Elas não representam a propriedade das coisas, mas, sendo formas *a priori*, tornam-se condições subjetivas da intuição: “O espaço não é mais do que a forma de todos os fenômenos dos sentidos externos”<sup>298</sup>, ou seja, é a delimitação onde o ser numênico poderá depreender pela intuição sensível as coisas; enquanto que o tempo é a “representação necessária que constitui o

---

<sup>294</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5. ed. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 89. Título original: **Kritik der Reinen Vernunft**.

<sup>295</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5. ed. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 61. Título original: **Kritik der Reinen Vernunft**.

<sup>296</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5. ed. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 62. Título original: **Kritik der Reinen Vernunft**.

<sup>297</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5. ed. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 63. Título original: **Kritik der Reinen Vernunft**.

<sup>298</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5. ed. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 67. Título original: **Kritik der Reinen Vernunft**.

fundamento de todas as intuições.”<sup>299</sup> Excetuando-se, no entanto, as formas puras de intuição, a sucessão de fenômenos só poderá ser entendida através das regras da causalidade, inclusive as criações artísticas do homem, de modo a que se chegue à conclusão de que *nihil ex nihilo*. Ainda será sustentável uma teoria da liberdade como expressão de espontaneidade?

O problema da causalidade é constante em sua teoria, mas Kant distingue a causalidade das leis da natureza da causalidade pela liberdade, estabelecendo um conflito das ideias transcendentais: a tese, por um lado, é no sentido de que a causalidade está de acordo com as leis da natureza e com a liberdade, expondo a seguinte prova: “tudo o que acontece pressupõe um estado anterior”, numa sucessão indeterminada de causalidades, razão por que o filósofo arremata sua ideia afirmando que “a causalidade da causa, pela qual qualquer coisa acontece, é em si qualquer coisa *acontecida*, que, por sua vez, pressupõe, segundo a lei da natureza, um estado anterior e a sua causalidade.” Segundo as leis da natureza, portanto, um começo será sempre subalterno, “nunca um primeiro começo.”<sup>300</sup> Ora, se há uma multiplicidade causal, então há, também, causas que se submetem ao arbítrio e, pois, aos princípios de liberdade. Já quanto à antítese, que se radica na afirmação de que não há liberdade, mas unicamente fenômenos determinados pelas leis da natureza, Kant parte da hipótese da liberdade transcendental possível, que determina acontecimentos no Mundo. O acontecimento original (independente de uma causa), dará início a uma série de acontecimentos, que já se submeterão às leis da causalidade. “Mas todo começo de acção pressupõe um estado da causa, ainda não actuante, e um primeiro começo dinâmico de acção pressupõe um estado que não possui qualquer encadeamento de causalidade com o estado anterior da mesma causa”, de forma que os estados sucessivos de causas não poderão ser compreendidos numa

---

<sup>299</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5. ed. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 70. Título original: **Kritik der Reinen Vernunft**.

<sup>300</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5. ed. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 406. Título original: **Kritik der Reinen Vernunft**.



unidade da experiência: “a liberdade transcendental é contrária à lei da causalidade”<sup>301</sup>, pois. Melhor explicando: a liberdade transcendental é, em relação às leis da natureza, uma “*libertação da coacção* mas é também uma libertação do *fio condutor* de todas as regras.”<sup>302</sup> Após provadas tese e antítese, Kant chega à conclusão de que ambas proposições são verdadeiras, mas cada qual aplicando-se a perspectivas diferentes do objeto: enquanto a causalidade segundo as leis da natureza é categoria que se aplica ao objeto como *fenômeno*, a causalidade por liberdade “é atributo do objeto tomado em *si mesmo*”.<sup>303</sup> Ora, como fenômeno e coisa-em-si são categorias distintas, tanto a tese como a antítese são admissíveis, ou, por outras palavras, a liberdade é compatível com as leis da natureza.

Em outros momentos da **Crítica da razão pura**, Kant trata da liberdade e na seção da *doutrina transcendental do método*, na qual desenvolve uma *disciplina da razão pura relativamente ao seu uso polêmico*, tende à defesa da liberdade de pensamento e expressão<sup>304</sup>. Isto é patente quando refere: “Em todos seus empreendimentos deve a razão submeter-se à crítica e não pode fazer qualquer ataque à liberdade desta, sem se prejudicar a si mesma e atrair sobre si uma suspeita desfavorável.”<sup>305</sup> É um dos indicativos de que Kant ultrapassa as especulações ao nível da liberdade transcendental, sondando aquilo que designou de direito inato: em verdade, suas preocupações aportam na filosofia prática, relacionando-se com o Mundo do direito; mais precisamente, tentando demonstrar que a liberdade se constitui elemento basilar do direito.

<sup>301</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5. ed. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 407. Título original: **Kritik der Reinen Vernunft**.

<sup>302</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5. ed. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 407. Título original: **Kritik der Reinen Vernunft**.

<sup>303</sup> TONETTO, Milene Consenso. **Direitos humanos em Kant e Habermas**. Florianópolis: Insular, 2010, p. 34.

<sup>304</sup> WOOD, Allen W. **Kant**. Tradução de Delamar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2008, p. 134-135. Título original: **Kant**.

<sup>305</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5. ed. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 596. Título original: **Kritik der Reinen Vernunft**.

### 2.2.1.1. Liberdade como direito inato

Se para a filosofia de raiz platônica, como a de Agostinho, o supremo bem se radica na felicidade<sup>306</sup>, que é uma categoria concorde com a autonomia do homem em busca do conhecimento, uma categoria, portanto, moral, a filosofia kantiana desloca esse eixo para a liberdade. Desta forma, a felicidade, para Kant, será uma *finalidade* a qual é perseguida por todos os seres racionais<sup>307</sup>; e antes de ser prescrita conceitualmente, ou equiparada a algum bem do homem, será considerada indeterminada, pois que o homem “nunca pode dizer ao certo e de acordo consigo mesmo o que é que propriamente deseja e quer” para alcançá-la; conseqüentemente não se pode supô-la como uma categoria *a priori*, independente de um lineamento causal, já “que todos os elementos que pertencem ao conceito de felicidade são na sua totalidade empíricos”<sup>308</sup>; mas a felicidade estará, por certo, na visão de Kant, relacionada com os atributos aptos a causar bem-estar. Já a liberdade, característica do homem intrinsecamente relacionada com o conceito de *autonomia*, consistirá na base da moralidade kantista<sup>309</sup>, de maneira que sua primeira ideia acerca de liberdade ronda o Mundo transcendental. Kant, no entanto, não nega a liberdade perceptível, a que se manifesta no Mundo fenomênico. Isto fica claro na passagem da **Fundamentação da metafísica dos costumes** em que afirma que ao nos pensarmos livres, transpomo-nos para o Mundo inteligível, reconhecendo a autonomia da vontade; mas ao nos pensarmos como seres com obrigações, “consideramo-nos como pertencentes ao mundo

<sup>306</sup> AGOSTINHO, Santo. **Diálogo sobre a felicidade**. Edição bilíngue. Tradução de Mário Santiago de Carvalho. Lisboa: Edições 70, s/d, *passim*. Título original: **De beata vita**. O diálogo teria ocorrido entre Agostinho e seus convivas entre 13 e 15 de novembro de 386. As questões tratadas diziam respeito sobre o conceito de felicidade e como o homem pode obtê-la. As especulações são muitas e o fio condutor filosófico é, inequivocamente, platônico, sendo, por isso, coerente a negação da ignorância (origem dos males). A felicidade, afinal, ultrapassa os limites da temperança de espírito, dos bens e da santidade: “A sabedoria é, então, a plenitude e se na plenitude existe a medida, a medida da alma consiste na sabedoria.” (“sapientia igitur plenitudo. In plenitudine autem modus: modus igitur animo in sapientia est.” Op. cit. p. 82-83).

<sup>307</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, s/d, p. 51-52. Título original: **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**.

<sup>308</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, s/d, p. 54-55. Título original: **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**.

<sup>309</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, s/d, p. 102. Título original: **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**.

sensível e contudo ao mesmo tempo também ao mundo inteligível.”<sup>310</sup> A liberdade, então, por um lado, integra o próprio ser, como seu elemento metafísico, obedecendo ao regramento moral, que diz respeito à autonomia do homem; mas, por outro lado, se projeta através de manifestações na vida do homem, que terá de amparar-se num outro conjunto normativo, ao qual caberá não apenas a definição de liberdade, mas, também, sua preservação. Esse conjunto normativo será o direito<sup>311</sup>.

O duplice sentido do direito é expresso por Kant através do princípio universal do direito, segundo o qual se pode dizer que “*Conforme com o direito* é uma acção que, ou cuja máxima, permite à liberdade do arbítrio de cada um coexistir com a liberdade de todos, de acordo com uma lei universal.”<sup>312</sup> Claro que o direito não impõe a cada um a máxima que seja concorde com o princípio de todas as máximas, pois os homens são livres para agir; mas a ação do homem não pode representar um prejuízo para a ação externa de outro<sup>313</sup>. Dessa forma, já se pode chegar à lei universal do direito, que impõe regras de dever-ser, de acordo com as quais o homem age de tal modo que o uso do seu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um<sup>314</sup>.

Se por meio do direito se pretende a harmonização das liberdades dos homens, inclusive impondo-se injunções ou sanções àquele que, fazendo mau uso da liberdade, cria obstáculo à liberdade de outrem, sendo ínsito ao direito, portanto, a coação, que, ao fim e ao cabo, é concorde com a ideia de

---

<sup>310</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, s/d, p. 103. Título original: **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**.

<sup>311</sup> KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Parte I: princípios metafísicos da doutrina do direito. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, s/d., p. 35. Título original: **Die Metaphysik der Sitten**. Erster Theil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre.

<sup>312</sup> KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Parte I: princípios metafísicos da doutrina do direito. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, s/d., p. 37. Título original: **Die Metaphysik der Sitten**. Erster Theil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre.

<sup>313</sup> KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Parte I: princípios metafísicos da doutrina do direito. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, s/d., p. 37. Título original: **Die Metaphysik der Sitten**. Erster Theil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre.

<sup>314</sup> KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Parte I: princípios metafísicos da doutrina do direito. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, s/d., p. 37. Título original: **Die Metaphysik der Sitten**. Erster Theil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre.

liberdade<sup>315</sup>, então o eixo central do direito será a liberdade. Também disso é lícito concluir que a liberdade é considerada direito de primeira grandeza.

Ao tratar da divisão geral dos direitos, Kant refere que, na classe dos preceitos sistemáticos, há o *direito natural*, que é baseado em princípios *a priori* e o *direito positivo*, decorrente do poder do legislador; como faculdades de obrigar os outros, há o *direito inato*, correspondendo a cada um por natureza e o *direito adquirido*, que requer um ato jurídico. O *direito inato* é, segundo Kant, apenas um: o da liberdade<sup>316</sup>. Ora, se o *direito inato* é aquela vertente que cria obrigações entre os homens, e se ele é representado unicamente pela liberdade, então, o respeito à liberdade, segundo os critérios de equidade e de reciprocidade, é condição primeira para a coexistência de todos. Por isso, entende-se aqui que ao falar de *igualdade inata*, “que consiste em não ser obrigado por outros excepto àquilo a que também reciprocamente podemos obrigá-los”<sup>317</sup>, o filósofo não está a mencionar um direito inato derivado da liberdade, mas de uma condição para que este direito seja exercido<sup>318</sup>.

Num outro nível ideativo, quando pensa nas linhas mestras para um *direito cosmopolítico*, Kant volta a afirmar o pressuposto da liberdade externa, regulada pelo direito, cujos limites são estabelecidos pelo consentimento de cada um – que é a base democrática para a formação do Estado – ficando implícito, portanto, a anterioridade da liberdade em relação à estrutura política. A liberdade, como *direito inato*, é inalienável e pertence a todos<sup>319</sup>. Estes princípios

<sup>315</sup> KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Parte I: princípios metafísicos da doutrina do direito. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, s/d., p. 38. Título original: **Die Metaphysik der Sitten**. Erster Theil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre.

<sup>316</sup> KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Parte I: princípios metafísicos da doutrina do direito. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, s/d., p. 44. Título original: **Die Metaphysik der Sitten**. Erster Theil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre.

<sup>317</sup> KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Parte I: princípios metafísicos da doutrina do direito. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, s/d., p. 44. Título original: **Die Metaphysik der Sitten**. Erster Theil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre.

<sup>318</sup> Diferentemente é o entendimento de TONETTO, Milene Consenso. **Direitos humanos em Kant e Habermas**. Florianópolis: Insular, 2010, p. 127 e ss., para quem o sistema de Kant contempla outros direitos inatos, derivados da liberdade.

<sup>319</sup> KANT, Immanuel. Para a paz perpétua. In GUINSBURG, J. **A paz perpétua**. Um projeto para hoje. São Paulo: Perspectiva, 2004, p. 41.

integrarão o *direito cosmopolítico*, que será concretizável por meio de uma liga das nações, cujos fins precípuos são manter e garantir a liberdade<sup>320</sup>.

Uma tal defesa da liberdade, referida ao ser metafísico, dotado de autonomia, e também ao *homo phaenomenon*, que se manifesta nas interrelações sociais, não será diferente do que preconizaram as declarações de direito, inclusive a de 1948, como base para os Direitos Humanos<sup>321</sup>. Mas a consagração desses direitos – antes de tudo, direitos de liberdade –, como já se referiu, é antes a culminância das inclinações civilizacionais, encontrando, por isso, abrigo nos ambientes culturais, do que o resultado de alentadas reflexões filosóficas.

### 2.2.2 Abordagem antropológico-cultural

A crença na liberdade do homem como elemento constituinte de sua natureza, parece ter permeado as culturas de todos os tempos que formaram o tronco da civilização ocidental. E não por outro ângulo de perspectiva pode o tema ser tratado, embora se corram os riscos do etnocentrismo, ou, mais propriamente, do eurocentrismo (desde já incluindo nessa forma de visão os norteamericanos, que podem ser considerados europeus novos). De diferentes formas, os antigos e os medievos, que engrossaram o caudal que formou o Ocidente moderno, como já foi aqui visto, tinham suas concepções de liberdade: uns, como os gregos, radicando a liberdade em sua vida política, com a participação nos negócios discutidos na *ágora*, onde tudo se tornava público;

---

<sup>320</sup> KANT, Immanuel. Para a paz perpétua. In GUINSBURG, J. **A paz perpétua**. Um projeto para hoje. São Paulo: Perspectiva, 2004, p. 48.

<sup>321</sup> SALDANHA, Eduardo; ANDRADE, Melanie Merlin de. **Immanuel Kant: idealismo e a Carta da ONU**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 125 e ss., sustentam a importância do ideário kantista para, em primeiro lugar, influir no conclave denominado de Paz de Versalhes, em 1919, quando o presidente norteamericano Woodrow Wilson proclama um projeto para a preservação da paz entre os povos, dando origem à Liga das Nações; em segundo lugar, para orientar a filosofia da Declaração de direitos, de 1948, cujo preâmbulo e alguns de seus artigos possuem a marca indelével já impressa por Kant em **A paz perpétua**, de 1795.

outros, os europeus medievais, encontrando proteção do senhor feudal, mas segundo o estamento a que pertencessem, numa estrutura rígida sem hipóteses para a mobilidade social. Os modernos, no entanto, evoluem para um outro sentido de liberdade, e estabelecerão, no plano filosófico, a autonomia do ser moral (a autonomia do homem ontológico) e no plano político, a ideia de individualidade, segundo a qual o poder político deve abster-se de intromissões abusivas (conferindo ao cidadão – e agora já se pode pensar nessa categoria – a liberdade negativa). Filósofos políticos como Benjamin Constant, pregam mais que o regime democrático de governo, para defenderem uma esfera de liberdade não conspurcável pela atividade política<sup>322</sup>; ficam, então, claramente definidos dois âmbitos da vida em sociedade, aquele que se refere exclusivamente à individualidade do cidadão e o da sociedade, na qual ocorrem os fatos de interesse público; não por outro motivo Todorov refere que liberdade, na concepção constantiana, será a linha divisória entre os dois campos<sup>323</sup>, criando uma espécie de tensão entre o ser como indivíduo e como cidadão<sup>324</sup>. Outro teórico do liberalismo, igualmente defensor da liberdade política e social com o mesmo pendor para o individualismo, próprio, aliás, daquele período entre os séculos XVIII e XIX, John Stuart Mill, parece ir mais além, especialmente ao opor-se contra toda forma de despotismo. Em concordância com isso, escreve: “Human nature is not a

---

<sup>322</sup> Sobre esse aspecto, aliás, como afirma TODOROV, Tzvetan. **A passion for democracy**. Benjamin Constant. Traduzido ao inglês por Alice Seberry. Nova Iorque: Algora, 2010, p. 38-39. Título original: **Benjamin Constant**. *La passion démocratique*, o filósofo suíço mostra-se extremado, a ponto de divergir do pensamento contratualista de Rousseau, opondo-se ao esquema de alienação total das liberdades de cada cidadão em favor da sociedade política; de Montesquieu, considerando insuficiente a limitação do poder político por leis e por outros poderes, ao mesmo tempo em que proclama a esfera da individualidade a salvo de qualquer intromissão.

<sup>323</sup> TODOROV, Tzvetan. **A passion for democracy**. Benjamin Constant. Traduzido ao inglês por Alice Seberry. Nova Iorque: Algora, 2010, p. 42. Título original: **Benjamin Constant**. *La passion démocratique*.

<sup>324</sup> Em seu manifesto *De la liberté des anciens comparée a celles des modernes*, Constant deixa claro que antes, na democracia grega, a atividade política – do homem livre ou liberto – que dizia respeito aos interesses da *polis*, absorvia a vida do cidadão, que não conhecia uma esfera de individualidade; já os modernos preservam esta esfera intocável, que é absolutamente distinta da dos negócios públicos. Em razão disso, JULIOS CAMPUZANO, Alfonso de. **La dinámica de la libertad**. *Tras las huellas del liberalismo*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1997, p. 82 e s., entende que a teoria de Constant criou uma tensão antes inexistente, entre o indivíduo e o cidadão.

machine to be built after a model, and set to do exactly the work prescribed for it, but a tree, which requires to grow and develop itself on all sides, according to the tendency of the winward forces which make it a living thing.”<sup>325</sup> É diante desse quadro, em o qual, por várias formas de expressão, sistemas culturais e representantes da *intelligentsia* ocidental postulam um lugar especial para a liberdade, seja como insígnia da humanidade seja como direito culturalmente adquirido, que parece haver cabimento falar-se de fatores antropológico-culturais.

Já não se está no domínio metafísico, em o qual a problemática girava em torno do purismo da liberdade, a liberdade transcendental, que é sondada como elemento *a priori*: a antropologia cultural requer experimentos empíricos, sendo viável, para tanto, a escolha de dados com os quais se descubram elementos determinantes do objeto de estudo. Dessa forma, se se pensar que o homem é fundamentalmente um ser cultural, então diversos fatores determinantes coatuam para seu desenvolvimento, inclusive, e principalmente, o ambiente. Skinner, quem leva o behaviorismo às maiores consequências, admite que os comportamentos estão associados a diversas causas, que podem ser procuradas no ambiente<sup>326</sup>; portanto, a ação ativadora de certas expressões comportamentais, o “estímulo”, não está somente associada filogeneticamente ao desenvolvimento do homem: o ambiente é, também, corresponsável<sup>327</sup>. Mas os estímulos que se sucedem no ambiente, tanto causam o reforço de um comportamento consentâneo com o bem-estar do homem como a evitação e a fuga a situações que, a seu juízo, lhe são prejudiciais. A estes reforços negativos, Skinner chama de *aversivos*, que são importantes na afirmação da liberdade, mormente quando provocados por outras pessoas<sup>328</sup>. O psicólogo norteamericano cita, a propósito, como exemplos dessa luta pela liberdade por causa de condições

<sup>325</sup> MILL, John Stuart. On liberty. In **Man & State**. The political philosophers. 2. ed. Nova Iorque: Washington Square Press, 1966, p. 198.

<sup>326</sup> SKINNER, B. F. **Para além da liberdade e da dignidade**. Tradução de Joaquim Lourenço Duarte Peixoto. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 19. Título original: **Beyond freedom and dignity**.

<sup>327</sup> SKINNER, B. F. **Para além da liberdade e da dignidade**. Tradução de Joaquim Lourenço Duarte Peixoto. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 20. Título original: **Beyond freedom and dignity**.

<sup>328</sup> SKINNER, B. F. **Para além da liberdade e da dignidade**. Tradução de Joaquim Lourenço Duarte Peixoto. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 28. Título original: **Beyond freedom and dignity**.

aversivas, a fuga da escravatura ou a emigração de alguém para deixar de apoiar um governo<sup>329</sup>.

O sistema de Skinner coloca em evidência não apenas os fatores genéticos, mas, também, o ambiente como responsáveis pela constituição do homem. Então, se as contingências de sobrevivência, *v.g.*, são responsáveis por sua constituição genética, dotando-o de um agir agressivo<sup>330</sup>, o ambiente, por certo, contribuiu com estímulos dos mais diversos para o desenvolvimento deste aspecto. Alguns estímulos comportamentais, no entanto, já não podem ser explicados como puro reflexo genético e ambiental: guerras, provocação de conflitos, violência e criminalidade, seguramente encontram algum étimo cultural, que enforma concepções de vida. Então, num outro nível de desdobramento dos fatores comportamentais, dir-se-ia que as culturas geram estímulos para o comportamento humano.

Se se pensar que as culturas nascem não em razão de um esquema racionalmente engendrado, pelo puro voluntarismo dos homens, mas espontaneamente, com a participação de inúmeros fatores, dentre os quais os biológicos e ambientais, então, é possível imaginar não ter escapado a Skinner a premissa de que os reflexos comportamentais podem variar de acordo com o momento (histórico) e o ambiente cultural em que se estuda um fenômeno. A fuga a condições aversivas à liberdade, portanto, não é uma lei observável incondicionalmente, sempre, por todos os homens: para algumas concepções culturais, a estrita obediência hierárquica às autoridades (religiosas, políticas ou familiares) está conforme com seu modo de vida, não implicando em sentimento de restrição ou de menoscabo aos cidadãos, como poderia ser entendido pela civilização ocidental; assim como os estreitos laços comunitários entre membros de culturas tradicionais são absolutamente normais, enquanto os ocidentais cada vez mais procuram a autonomia, a individualidade. A morte do ditador norte-coreano

---

<sup>329</sup> SKINNER, B. F. **Para além da liberdade e da dignidade**. Tradução de Joaquim Lourenço Duarte Peixoto. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 29. Título original: **Beyond freedom and dignity**.

<sup>330</sup> SKINNER, B. F. **Para além da liberdade e da dignidade**. Tradução de Joaquim Lourenço Duarte Peixoto. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 19. Título original: **Beyond freedom and dignity**.



Kim Jong-il em dezembro de 2011, provocou comoção nacional durante os seguidos dias de luto, numa paradoxal demonstração de reverência a quem impôs aos seus cidadãos um regime autocrático e de limitação de liberdades durante dezessete anos, o que causa alguma estupefação aos que observam o fato do lado ocidental do Mundo. É por esse guião que segue Fromm em seu livro **Escape from freedom**, ao identificar na História moderna – a que descreve, em verdade, a consolidação da civilização ocidental – o momento em o qual o homem conquista o maior grau de individualidade.

Já de início, o sociólogo alemão adverte que as inclinações para a liberdade não estão associadas a uma natureza humana fixa e biologicamente preestabelecida, mas são o resultado do processo social que constitui o homem<sup>331</sup>. Este processo, contudo, não se desenvolve sem que se observe um sentido ambíguo da liberdade: se por um lado é ela característica da existência humana, por outro, seu significado é mutável, adquirindo novos contornos segundo o grau de conscientização “che l'uomo ha di se stesso come essere indepedente e distinto.”<sup>332</sup>

No momento em que o homem toma consciência de que é uma entidade autônoma em relação à natureza e aos seus pares, tem-se não apenas o início da ideia de liberdade, mas, também, de um processo a que Fromm chama de “processo de individuação”, que só alcançou a culminância no período que vai da Reforma ao momento contemporâneo<sup>333</sup>. Não se trata, como se pode

---

<sup>331</sup> FROMM, Erich. **Fuga dalla libertà**. Tradução ao italiano de Cesare Mannucci. Milão: Mondadori Editore, 2009, p. 20. Título original: **Escape from freedom**

<sup>332</sup> FROMM, Erich. **Fuga dalla libertà**. Tradução ao italiano de Cesare Mannucci. Milão: Mondadori Editore, 2009, p. 29. Título original: **Escape from freedom**.

<sup>333</sup> FROMM, Erich. **Fuga dalla libertà**. Tradução ao italiano de Cesare Mannucci. Milão: Mondadori Editore, 2009, p. 29. Título original: **Escape from freedom**.

É necessário sublinhar que a teoria de Fromm não elimina a individualidade do estágio primevo do homem: apenas refere que há um processo de individuação, em o qual se tem consciência da individualidade e autonomia em relação à natureza e outros seres; e que esse sentimento passa por um processo dialético no qual se evidenciam tensões. Não diverge, portanto, do que sustenta BUBER, Martin. **Sobre comunidade**. Tradução de Newton Aquiles von Zuben. São Paulo: Perspectiva, 2008, p. 106, para quem “O individualismo não é um fato; é algo do espírito, da fantasia, não é um fato da existência.” Exatamente por isso, o filósofo austro-israelense opõe-se à ideia de que a individualidade possa ser aspirada ou exigida.

depreender da História, de um desenvolvimento linear a partir de um corte radical com suas ligações primárias – a família, o clã, a tribo –, em direção à completa autonomia, pois que o homem passa a criar novos vínculos – a sociedade, o ambiente profissional, as agremiações desportivas, religiosas, políticas –, sem os quais não encontrará segurança; trata-se, portanto, da caracterização do homem como ser em constante tensão consigo mesmo, em todo caso deixando claro sua característica de sociabilidade; de maneira que a ideia de liberdade é construída *na* sociedade, realidade, portanto, com a qual conota.

O *processo de individuação* encerra uma incontornável contradição: a criança, ao liberar-se pouco a pouco do domínio e proteção da mãe, sente solidão, tendo por isso de descobrir novas formas de mitigar suas carências, inclusive submetendo-se a outrem; quando surgem vínculos fora de seu lar, no entanto, aumenta seu sentimento de insegurança, razão por que se torna hostil e age com rebeldia contra as pessoas em relação às quais começa a ter dependência<sup>334</sup>. Ora, essa submissão não é apenas a forma de fugir da solidão, mas é a conexão entre o homem e a natureza, “un rapporto che collega l'individuo al mondo senza eliminare l'individualità.”<sup>335</sup> Portanto, pode dizer-se em arremate, que a liberdade é signo da hominidade e em concordância com ela há a constante afirmação da individualidade, mas sempre haverá um limite que impede o homem de deslocar-se para além do Mundo em que vive.

Os saltos que o homem deu para elevar-se a outros níveis de individualidade segundo juízos históricos, significam, a um só tempo, abandono do *status* anterior, que resta no pretérito como experiência histórica irrepetível, e capacidade de estruturar-se com autonomia crescente em relação às condições naturais que primitivamente terá encontrado. Aí está a diferença radical entre o homem e os demais seres. É por isso, afirmou Ortega, que o tigre de hoje é o mesmo de mil anos atrás, pois quando estreia para a vida, já é tigre, ao passo que

<sup>334</sup> FROMM, Erich. **Fuga dalla libertà**. Tradução ao italiano de Cesare Mannucci. Milão: Mondadori Editore, 2009, p. 33. Título original: **Escape from freedom**.

<sup>335</sup> FROMM, Erich. **Fuga dalla libertà**. Tradução ao italiano de Cesare Mannucci. Milão: Mondadori Editore, 2009, p. 35. Título original: **Escape from freedom**.

o homem não estreia sua humanidade, mas a adquire com a evolução e contato com outros homens com os quais forma a sociedade<sup>336</sup>. Em termos antropológicos, o homem, diferentemente dos seres menos desenvolvidos, não nasce imediatamente adaptado à natureza, nem seus atos são condicionados por um instinto; em razão disso, sua vida é moldável com maior flexibilidade<sup>337</sup>, e potenciada pela liberdade de escolhas, de modo a que tente sublimar-se a cada instante de exasperação de um modelo. Fromm oferece-nos um exemplo eloquente disso ao descrever a viragem intentada pelo homem dos fins do medievo, com o advento do Renascimento.

O homem do período medieval, segundo uma posição que contrasta com o racionalismo moderno, viveu um ambiente em que havia solidariedade, subordinação das necessidades econômicas às necessidades humanas, imediatidade e concreção das relações humanas, e um sentido de segurança<sup>338</sup>. Mas, em comparação com o seguinte modelo histórico, lhe faltava a liberdade individual, ou seja, o *standard* de desenvolvimento humano no medievo não havia rompido a ideia de corpo, em que os apertados vínculos humanos impedem da compreensão efetiva do homem como *persona*. Numa estrutura social rígida como a de estamentos, a pessoa assumia determinado papel na sociedade sem cogitar a escolha de seu lugar. Por isso, “l’avere un posto preciso in esso dava all’individuo un sentimento di sicurezza e di appartenenza.”<sup>339</sup> E se não havia nem liberdade nem individualidade, como se entende no sentido moderno (categorias identificadas com a possibilidade de fazerem-se escolhas), o homem exprimia essas tendências dentro de sua esfera social, salientando Fromm manifestar-se

---

<sup>336</sup> ORTEGA Y GASSET, José. Historia como sistema. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. V. 6. madri: Alianza Editorial, 1997, p. 43.

<sup>337</sup> FROMM, Erich. **Fuga dalla libertà**. Tradução ao italiano de Cesare Mannucci. Milão: Mondadori Editore, 2009, p. 35. Título original: **Escape from freedom**.

<sup>338</sup> FROMM, Erich. **Fuga dalla libertà**. Tradução ao italiano de Cesare Mannucci. Milão: Mondadori Editore, 2009, p. 41. Título original: **Escape from freedom**.

<sup>339</sup> FROMM, Erich. **Fuga dalla libertà**. Tradução ao italiano de Cesare Mannucci. Milão: Mondadori Editore, 2009, p. 42. Título original: **Escape from freedom**.

“molto individualismo concreto nella vita reale.”<sup>340</sup>

O Mundo era, portanto, de limitados horizontes, e a existência era rigidamente organizada. Se não podia, em vida, transgredir os lindes de seu estamento, restava ao homem aspirar, para a vida futura, um destino melhor que o inferno; mas isso, pode conjecturar-se, implicava um dramático autorregramento, condicionado pelas censuras da moral religiosa vigente. Mas na baixa Idade Média, com o desenvolvimento econômico e um ambiente propício para experimentos artísticos sofisticados e voltados para o homem, num inequívoco desate dos laços de dependência daquela moral religiosa, ocorre uma fratura na sociedade feudal. Em Itália, a partir do século XII, as relações sociais envolvendo nobres e burgueses já ignoravam as diferenças de castas<sup>341</sup>. O inexorável ocaso que se decretava contra o sistema feudal, inclusive por ações políticas de Frederico II em 1231, já abria uma brecha para novas perspectivas do homem, o que contribui, ajunta Fromm citando Burckhardt, para a transformação do homem em indivíduo espiritual<sup>342</sup>.

O Renascimento, como amplo movimento cultural que substitui o teocentrismo pelo antropocentrismo, favorecendo ao homem a maior consideração de si mesmo, porque deixa de pensar-se como elemento de classe social, *tout court*, para entender-se como *ser-do-mundo*, de capacidades não inteiramente conhecidas, mas exploráveis inesgotavelmente, como se depreende do trabalho de Pico Della Mirandola<sup>343</sup>, repercutiu, evidentemente, entre nobres e burgueses ricos. Para os demais, isso parecia soar um novo despotismo<sup>344</sup>, contra

<sup>340</sup> FROMM, Erich. **Fuga dalla libertà**. Tradução ao italiano de Cesare Mannucci. Milão: Mondadori Editore, 2009, p. 42. Título original: **Escape from freedom** (o itálico é do original).

<sup>341</sup> FROMM, Erich. **Fuga dalla libertà**. Tradução ao italiano de Cesare Mannucci. Milão: Mondadori Editore, 2009, p. 44-45. Título original: **Escape from freedom** (o itálico é do original).

<sup>342</sup> FROMM, Erich. **Fuga dalla libertà**. Tradução ao italiano de Cesare Mannucci. Milão: Mondadori Editore, 2009, p. 45. Título original: **Escape from freedom** (o itálico é do original).

<sup>343</sup> Ou, como refere TODOROV, Tzvetan. **O jardim imperfeito**. Tradução de Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005, p. 55. Título original: **Le jardin imparfait**: la pensée humaniste en France, Pico aproxima-se dos humanistas “orgulhosos”: “o homem *pode* tornar-se tudo, diferentemente das outras espécies.”

<sup>344</sup> FROMM, Erich. **Fuga dalla libertà**. Tradução ao italiano de Cesare Mannucci. Milão: Mondadori Editore, 2009, p. 46. Título original: **Escape from freedom**.

o qual há outros desdobramentos, já num ambiente cultural que ultrapassa a Itália e desemboca na Reforma. Contudo, os processos de individuação e de liberação prosseguem em ondas, que podem dizer-se avultadas por essa associação da circunstância de esgotamento dos *standards* e ebulição da *intelligentsia*, não sendo disparatado, v.g., falar-se de uma “literatura da liberdade”<sup>345</sup> a emular a reação de pessoas em escala crescente, culminando com os movimentos independentista e revolucionário.

O enciclopedismo em o qual avultam personalidades como a de Voltaire, quem se insurge contra a intolerância religiosa no julgamento de Jean Calas, em março de 1762, escrevendo o **Tratado sobre a tolerância**<sup>346</sup>, e contribui para divulgar uma ideia de liberdade, segundo a qual a pessoa é livre quando possui o poder de fazer aquilo que deseja<sup>347</sup>, pode inserir-se numa contingência de reforço no processo de liberação. Assim como Paine, Zola, Mill e tantos outros<sup>348</sup>. É por isso que desde os tempos mais remotos há exemplos de tensão entre poder e *intelligentsia*, que eclode nas tentativas de erradicação das ideias. Canfora, citando Löwenthal, lembra da destruição da biblioteca hebraica na revolta dos macabeus, em 168 antes da era comum, “a primeira grande fogueira de livros do mundo ocidental.”<sup>349</sup> Muitas outras fogueiras arderam, em praças públicas ou no *Index*, do Renascimento à Segunda Guerra Mundial, dando provas de que as expressões culturalistas desestabilizam, põem em causa o domínio ilegítimo e impulsionam o processo de liberação.

---

<sup>345</sup> SKINNER, B. F. **Para além da liberdade e da dignidade**. Tradução de Joaquim Lourenço Duarte Peixoto. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 30. Título original: **Beyond freedom and dignity**.

<sup>346</sup> VOLTAIRE. **Trattato sulla tolleranza**. 9. ed. Tradução ao italiano de Lorenzo Bianchi. Milão: Feltrinelli, 2008. Título original: **Traité sur la tolerance**.

<sup>347</sup> VOLTAIRE. **Dictionnaire philosophique**. Paris: Flammarion, s/d, p. 258.

<sup>348</sup> HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 176-216. Título original: **Inventing human rights – a history**.

<sup>349</sup> CANFORA, Luciano. **Livro e liberdade**. Tradução de Antonio de Padua Danesi. Rio de Janeiro: Casa da Palavra; São Paulo: Ateliê Editorial, 2003, p. 63-64. Título original: **Libro e libertà**.

### 2.2.3 Abordagem jurídico-constitucional: a positivação dos direitos de liberdade

As experiências de proclamação de direitos em documentos políticos de *fin de siècle*, embora não tenham sido as primeiras se se quiser abarcar a organização político-jurídica inglesa, representaram um ponto de partida para as quatro grandes ondas de constitucionalização (*vagues de constitutionnalisation*<sup>350</sup>). O que se relacionará com o fenômeno político do constitucionalismo, cujas premissas são o estabelecimento dos direitos individuais e a delimitação da esfera de atuação estatal, justamente como técnica de preservação das liberdades. Mateucci, ao abordar o tema, refere que sobre o constitucionalismo já se disse se tratar de “[...] técnica da liberdade, isto é, a técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício de seus direitos individuais [ao mesmo tempo que coloca] o Estado em condições de não os poder violar.”<sup>351</sup> Trata-se, numa palavra, de um definitivo rompimento com os paradigmas da liberdade dos antigos, pois, enquanto estes eram absorvidos em sua individualidade, o âmbito de liberdade dos modernos

[...] tem o caráter nitidamente antropocêntrico; coloca os valores referentes ao homem num grau mais elevado em relação aos negócios públicos; marca o surgimento de uma visão do homem como ente autônomo; ele irrompe consciente de seu papel exigindo o estabelecimento de limites ao poder absoluto [...]<sup>352</sup>.

É verdade que a primeira grande onda de constitucionalização (Hauriou) teve início com a revolução francesa de 1789 que, paradoxalmente, teve seu marco político-jurídico numa declaração, de caráter autônomo e sem as abrangências regulatória e programática só possíveis na Constituição. No entanto,

<sup>350</sup> HAURIU, André. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. Paris: Éditions Montchrestien, 1968, p. 75 e s.

<sup>351</sup> MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI Nicola et PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. V. 1. Tradução de João Ferreira *et alii*. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, p. 247-248. Título original: **Dizionario di politica**. A interpolação entre colchetes não está no original.

<sup>352</sup> SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Habeas corpus**: críticas e perspectivas (um contributo para o entendimento da liberdade e de sua garantia à luz do direito constitucional). 3. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2009, p. 82.

não se pode deixar de lado outros processos de constitucionalização que, como experiências políticas, igualmente pretenderam estabelecer a esfera de direitos de liberdade e a delimitação do poder estatal, de modo a que não houvesse intromissão naquela área.

### 2.2.3.1 A experiência constitucional inglesa

A primeira onda de constitucionalização, assim como seu momento precedente verificável com a Declaração de Direitos da Virgínia (1776) e a Constituição dos Estados Unidos da América (1787), partem de movimentos revolucionários cruentos, que pretendiam, num e noutro caso, a reorganização das bases sociopolíticas e o estabelecimento do Estado, ocorrendo, nisso, a necessária redefinição ideológica que deveria dar consistência à ideia de Estado-nação. Os colonos da América Norte, unidos pela identidade étnica e cultural, viam nas terras ocupadas um lar nacional e antes mesmo de as terem declarado como tal haviam dado passos importantes em direção à Constituição política, como foi o caso do Pacto de Mayflower, de 1620<sup>353</sup>; os franceses, por sua vez, já haviam se organizado como Estado-nação, com poder político central e estrutura burocrática, mas o modelo de governo absoluto havia chegado a um ponto de saturação que não mais se adequava, por um lado, com as carências de grande parte da população e com os reclamos da *bourgeoisie* e, por outro, com o ambiente cultural forjado ao longo do *Siècle des Lumières*. Mas na Inglaterra os movimentos políticos tendentes à sua Constituição decorreram de forma diferente.

É óbvio que não se quer aqui afirmar a inexistência de conflitos que, em verdade, ocorreram ao tempo da *Magna Charta Libertatum* (1215), passando pela revolução que instalou a chamada República de Cromwell e, mais tarde, a restauração da monarquia (1660) e a revolução de 1688, que pôs fim

---

<sup>353</sup> REY CANTOR, Ernesto. **Teorías políticas clásicas de la formación del estado**. 3. ed. Bogotá: Temis, 1996, p. 63-64.

à dinastia dos Stuarts, e o superveniente *Bill of Rights*. Mas é certo que o poder político inglês se desenvolveu guiado pelo caráter institucionalizante daquele povo, que vê na multissecular monarquia um símbolo de identidade nacional e que conhecia o gérmen de sistema parlamentar de governo desde fins do século XIII, sabendo-se que já em 1295 o Parlamento atuava com os três estados, clero, lordes e comuns<sup>354</sup>. O povo inglês passou por um processo de progressiva consolidação de suas instituições políticas que mais bem está relacionado com as experiências de efetiva atividade política, que denota seu pragmatismo, do que propriamente com o decalque de modelos ou de ideários. René Pinon, ao tratar das liberdades daquela parte da Europa insular, refere que suas instituições que lhe dão substância e garantia antes de derivarem de um desenvolvimento lógico e abstrato, são resultado dos fatos essencialmente empíricos, que surgiram na dinâmica de sua História.<sup>355</sup> De forma que se pode afirmar, com base no conjunto categorial desenvolvido por Hauriou<sup>356</sup>, que o diálogo entre poder e liberdade foi travado desde cedo pelos ingleses, numa primeira etapa através da elite formada por nobres, formulando na *Magna Charta* as noções de *rule of law* e *law of land*, que se prestam a conceder segurança jurídica e garantia à liberdade física e, numa segunda fase, já com o Parlamento funcionando nos moldes que até hoje se conhecem, escrevendo no § 9º do *Bill of Rights* (1689) “Que a liberdade de

<sup>354</sup> CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. Tomo I. 6. ed. rev. e ampl. por Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 1996, p. 51.

<sup>355</sup> PINON, René. La conception britannique de la liberté. **Revue Politique et Parlementaire**, t. CCXXVII, octobre-décembre, 1938, p. 395.

<sup>356</sup> Em várias passagens de sua obra, Hauriou fala do dualismo *pouvoir-liberté*, e, de forma mais específica, localiza este sistema dialógico no Direito Constitucional, cuja significação primária foi “l'établissement d'une coexistence pacifique entre le Pouvoir et la Liberté, dans le cadre de l'Etat-Nation” (p. 56). Antes, no entanto, partindo da definição de François Perroux, estabelece os marcos conceituais de *uma civilização do diálogo*, que implica a convicção da existência de uma verdade e uma justiça; a percepção de que a procura e a descoberta da verdade dependem de experimentação de proposições ou ideias iniciais, passando por sucessivas apreciações para a filtragem de erros que se misturam à verdade; e a premissa da existência de uma certa igualdade intelectual entre os homens, ou a capacidade de participar do diálogo (p. 53-54). Finalmente, afirma existir no Direito Constitucional ocidental “une cohérence, une logique interne considérable, qui se traduisent par ce fait que tous les pays d'Occident qui ont accepté de «dialogue du pouvoir et de la liberté au sein d'un Etat-Nation» ont adopté des institutions qui, bien qu'elles se répartissent entre des «systèmes politiques» clairement différenciés, présentent entre elles un incontestable air de famille.” (HAURIU, André. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. Paris: Éditions Montchrestien, 1968, p. 60).



expressão e os debates ou atividades no parlamento não devem ser objeto de acusação nem de impedimento nem de questionamento por nenhuma jurisdição ou instituição alheia ao mesmo”, enquanto que no § 1º se reservou a prerrogativa de fiscalização de certos atos do rei, dispondo “Que o pretendido poder de suspender as leis ou sua execução por autoridade real sem consentimento do parlamento, é contrário ao direito”, com isso a um só tempo abrindo caminho para a democracia representativa e liberdades políticas e para o controle do poder político, pelo impedimento de atos típicos de governo autocrático.

Ao analisar a circunstância política da Inglaterra, Grimm aponta outros dois aspectos de relevo (que ao fim e ao cabo confluem para aqueles acima mencionados) para sua experiência constitucional. Em primeiro lugar, o fato de ter-se desenvolvido uma burguesia, liberta do sistema feudal, que não se opôs ferozmente ao regime monárquico, mas, pelo contrário, tornou-se seu arrimo na medida em que desfrutava de mobilidade social, ascendendo a categorias nobiliárquicas. Em segundo lugar, o constitucionalista alemão menciona que a Reforma, em vez de ter fortalecido o poder monárquico, atribuiu maior valor ao Parlamento<sup>357</sup>, que passa a ocupar as funções do legislativo e executivo. De fato, o *Bill of Rights* estabelecerá um programa de monarquia parlamentar sobre o qual Hume refere, não sem uma dose de ufanismo, que “[...] embora o rei tenha direito de veto na elaboração das leis, este direito é na prática considerado tão pouco importante que tudo o que é votado pelas duas Câmaras é com certeza transformado em lei, sendo o consentimento real pouco mais do que uma formalidade.”<sup>358</sup>

Esses dois aspectos intervêm diretamente na consolidação das liberdades civis dos ingleses que, muito antes de quaisquer outros povos do continente, estenderam as regras de direito destinados aos estamentos superiores

---

<sup>357</sup> GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Tradução para o espanhol de Antonio López Pina. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 63. Título original: **Die Zukunft der Verfassung**.

<sup>358</sup> HUME, David. **Ensaios morais, políticos & literários**. Tradução de Luciano Trigo. Rio de Janeiro: Topbooks, 2004, p. 143.

da sociedade a todos os cidadãos, ao longo dum processo de amadurecimento das instituições políticas. O *Habeas Corpus Act*, de 1679, garantia jurídica do direito à liberdade física, v.g., é apenas o momento culminante do que se vinha operando na experiência jurídico-jurisdicional desde antes da *Magna Charta*, através do *Writ de Homine Replegiando* (ordem judicial concessiva de liberdade mediante fiança), do *Writ of Mainprize* (ordem destinada ao *Sheriff*, para o restabelecimento da liberdade ao detido mediante arbitramento de fiança), do *writ de Odio et Atia* (que estabelecia condições para a liberdade de quem fosse acusado do crime de homicídio) que, no entanto, eram expedientes jurídicos ainda de aplicação restrita e, tal como acontecia com as regras do art. 39 da *Magna Charta*, manejados fundamentalmente por pessoas de elevada condição social. Além do mais, não se pode esquecer que as prisões *per speciale mandatum regis* determinadas pela Coroa e pelo Privy Council escapavam ao controle de legalidade, situação que só sofrerá alguma mudança a partir de 1592, quando a Justiça inglesa passa a exigir justificação para os mandados de prisão. Não tarda para que isto se constitua numa garantia para todo cidadão inglês, quando, em 1627, no julgamento do caso Darnel, a Corte julga, baseada na *Magna Charta*, a ilegalidade da prisão decretada *per speciale mandatum regis*<sup>359</sup>. Todos esses episódios que engrossam o caudal do *common law* tendem para que se fixem os direitos de liberdade dos ingleses, que ganham garantias através dos *Acts of Parliament*. Grimm refere que as ameaças contra as liberdades dos ingleses existentes até a *Glorious Revolution*, de 1688, são repelidas pela tradição parlamentar que “[...] se percebía como defensor de una situación jurídica liberal en vigor desde hacia mucho tiempo”, não tendo sido necessário “[...] el recurso al derecho natural para legitimar los derechos de libertad, sino sólo la remisión al buen derecho antiguo.”<sup>360</sup> Um tal sistema que, como referido por politólogos, está longe de caracterizar a monarquia pura, mas, para o pensamento de Hume, se trata de um sistema misto, em que as

<sup>359</sup> SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Habeas corpus**: críticas e perspectivas (um contributo para o entendimento da liberdade e de sua garantia à luz do direito constitucional). 3. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2009, p. 155-156.

<sup>360</sup> GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Tradução para o espanhol de Antonio López Pina. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 87. Título original: **Die Zukunft der Verfassung**.

características de república são evidentes, permite não apenas o controle do poder político, como, também, o exercício das liberdades civis. Ao tratar disso, o filósofo escocês dá como exemplo a liberdade de imprensa, que consiste, inclusive, na possibilidade de “[...] criticar abertamente qualquer medida decretada pelo rei ou por seus ministros.”<sup>361</sup>, que, segundo seu entendimento, é liberdade que decorre da forma mista de governo<sup>362</sup>. Fecha-se, assim, o círculo: o pragmatismo político dos ingleses permitiu a estruturação de instituições auto-reguláveis, que impedem arbitrariedades e indevida invasão na esfera de liberdades individuais, ao mesmo tempo em que as garantem.

### 2.2.3.2 A experiência constitucional americana

O movimento de constitucionalização observado nos Estados Unidos da América percorre, pode-se assim dizer, um caminho que estava previamente traçado. Primeiro porque as colônias britânicas que lhe deram corpo jamais conheceram o feudalismo, nem muito menos os riscos do absolutismo. Os colonos emigrados da metrópole para o novo Mundo, já conheciam as liberdades civis e levaram-nas em sua bagagem; respeitavam às hieráticas instituições que formavam o eixo central de sua vida política e jurídica, especialmente o Parlamento, com seu sistema de autolimitação e de controle da legalidade; havia uma classe burguesa em ascendência, que gozava não apenas das liberdades, mas era economicamente independente, inclusive a ponto de reclamar contra os pesados tributos impostos pelo Parlamento inglês. Em segundo lugar, a circunstância enfrentada pelo Império Britânico, por um lado combalido política e economicamente após a Guerra dos Sete Anos, por outro lado tendo se tornado demasiado grande, vendo-se na contingência de organizar burocraticamente seu domínio, permitiu que os colonos estivessem menos sujeitos a intervenções

---

<sup>361</sup> HUME, David. **Ensaios morais, políticos & literários**. Tradução de Luciano Trigo. Rio de Janeiro: Topbooks, 2004, p. 101.

<sup>362</sup> HUME, David. **Ensaios morais, políticos & literários**. Tradução de Luciano Trigo. Rio de Janeiro: Topbooks, 2004, p. 102.

opressoras. As colônias, em boa verdade, passaram a funcionar de forma autônoma, embora tivessem governadores coloniais indicados pela coroa, pagos pelas assembleias locais<sup>363</sup>. Por último, esse ambiente em que se permitia a livre produção, a não interferência na esfera privada do indivíduo e a relativa estruturação de funções políticas, adequava-se aos ideais de uma filosofia política e econômica do liberalismo, propícia, portanto, à preservação dos direitos de liberdade.

No entanto, a Inglaterra passou a impor pesados tributos às colônias, primeiro através da Lei do Açúcar (1764), depois pela Lei do Selo (1765) e, por fim, pelas Leis Townshend (1767), as quais desrespeitavam nitidamente o princípio *no taxation without representation*. Para além do mais, as garantias jurídicas de índole processual, foram modificadas, como as que se referiam às regras de competência judicial. Por outras palavras, o Parlamento inglês estava suprimindo garantias jurídicas dos colonos, que se insurgiram através de grupos organizados, como o dos Filhos da Liberdade e por meio de deliberação da maioria das colônias, que passaram ao franco desrespeito às leis da Inglaterra. Aí estavam as condições para a independência das colônias e para a constituição de um novo Estado.

É de observar-se que os direitos de liberdade que apareceram nas cartas políticas dos Estados Unidos, primeiro a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, depois a Constituição norte-americana, de 1787, não são apenas de inspiração inglesa ou o puro e simples decalque das leis constitucionais da pátria-mãe. A essa altura, o ideário liberal e a filosofia jusnaturalista de Locke e Rousseau propagavam-se e ganhavam a simpatia de homens como Benjamin Franklin e Thomas Paine, este, apesar de inglês, um verdadeiro entusiasta da independência das colônias e defensor da revolução francesa de 1789, participando da propaganda panfletária ao escrever **Senso comum e Direitos do homem**. É esta base intelectual e filosófica que está sensivelmente presente no

---

<sup>363</sup> DRIVER, Stephanie Schwartz. **A declaração de independência dos Estados Unidos**. Tradução de Mariluce Pessoa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006, p. 10.

primeiro dos documentos políticos, cujo art. 1º declara que

Todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes e contam com certos direitos inatos dos quais não se pode privá-los nem despojá-los por nenhum compromisso ao entrarem num estado de sociedade; e que todos estes direitos são, principalmente, o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e conservar a propriedade e de perseguir e de lograr a felicidade e a segurança.

E aí estão uma *natureza humana* que não se compagina com a estrutura estamental e rigorosamente orgânica de sociedade, os *direitos naturais* presentes desde sempre e depreendidos pelo homem ao entrar na sociedade política, que é assim concebida pela disposição livre em contrato de todos os que deixam o *status naturalis*, e eis, ainda, o próprio sentido da Constituição, que é o de permitir a realização de objetivos comuns, a felicidade e a segurança. É claro que há, também, um sentido pragmático na Declaração de Direitos, cujo art. 8º, inspirado no *Bill of Rights* inglês, dispõe sobre as garantias processual-penais, como a do conhecimento da acusação a que se é submetido, confrontação de testemunhas e acusadores, julgamento por júri formado por doze homens, para além da garantia de não se fazer prova contra si mesmo e a regra da legalidade para a supressão da liberdade.

A Constituição dos Estados Unidos (1787), a mais curta e longeva de quantas que a História da democracia pode registrar, prescreve não mais que princípios e garantias fundamentais, os quais darão sustentáculo às liberdades civis e ao processo. Mas o documento, que mais pontifica os valores políticos da nação, deixando entrever a mentalidade puritana que predominava entre os recém-independentes norteamericanos, do que o rigor técnico-jurídico<sup>364</sup>, ainda não prescrevia àquela altura um sistema de direitos individuais. De outra banda, os *Bills of Rights* surgidos logo após a Declaração da Virgínia e nela

<sup>364</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 127.

inspirados, como o da Pensilvânia, também de 1776, e o de Massachusetts, de 1780, não tinham a força moral para propiciar um discurso político-jurídico lastreado pelo princípio de coesão. Não havia, por outras palavras, uma carta de direitos uniformemente válida para os estados da Federação. É por isso que James Madison apresenta, em 1789, sua proposta de emenda constitucional, da qual são aprovados dez aditamentos (ou, *amendments*), normalmente designados como *Bill of Rights* norteamericano, que entram em vigor no ano de 1791. Assim, positiva-se a liberdade religiosa (1º aditamento); a inviolabilidade do domicílio (4º aditamento); as garantias processuais, que se enformam ao princípio do *due process of law*, (previstas nos aditamentos 5º, 6º e 7º), incluindo a instituição do júri, a impossibilidade de um segundo julgamento relativo a crime já julgado e a prerrogativa de não fazer prova contra si, presentes no 5º aditamento; o direito de os acusados serem informados sobre a natureza e causa da acusação e de serem julgados por júri popular em todos os casos criminais, além de gozarem de assistência profissional para a defesa (6º aditamento); proibição de excesso de penas (8º aditamento). Em suma, a Constituição norte-americana ultrapassa os âmbitos declarativo e programático para tornar-se ela própria instrumento de aferição do processo legal: é, pois, verdadeiro documento político-jurídico de natureza instrumental.

### 2.2.3.3 A experiência constitucional francesa (construção do modelo de constitucionalismo da Europa continental)

Em França o fenômeno de constitucionalização aparece de forma tumultuada, em meio a uma revolução que não representa apenas um movimento popular para tornarem efetivos os direitos de liberdade mediante o reconhecimento de determinados princípios, como ocorrera entre os norte-americanos, nem para confirmar uma tradição política que desse arrimo ao âmbito de liberdades, como se verificou entre os ingleses. Ali, dirá Grimm, “[...] no existía una tradición comparable de derechos de libertad catalogados que

necesitaran únicamente ser ampliados en su función y elevados al nivel constitucional para adoptar el carácter de derechos fundamentales.”<sup>365</sup> Isso em razão de que naquele país vigorava um regime absolutista de governo que, por um lado, impunha pesada carga de tributação ao povo e, por outro lado, apesar de deliberar em conjunto com seus conselhos, o rei exercia o poder político que não conhecia um contrapeso que mitigasse as arbitrariedades; além do mais, o feudalismo, que à época revolucionária já não mais existia na vizinha Inglaterra, era, em França uma estrutura complexa atrelada a um sistema econômico tradicional que se baseava na produção do campo; também importava numa abissal injustiça na distribuição de riquezas, uma vez que a nobreza e a igreja detinham quase 40% do território francês<sup>366</sup>; por fim, esse sistema atribuía ao senhor a prerrogativa de aplicar sua justiça aos camponeses que vivessem em suas terras.

Em contrapartida, França abrigou (e irradiou para o continente) o iluminismo de fins do século XVIII, cujos postulados de racionalismo não apenas colocavam em causa os dogmas da igreja e sua influência sobre a vida política do Estado, como, também, difundiam novas concepções acerca do homem e de sua dignidade. Voltaire reconhecerá o caráter de perfectibilidade, que se compaginará com as ideias de liberdade, de solidariedade e de tolerância. No pensamento político, a noção de um *tiers État* fundamentado na burguesia, como propunha Sieyès, exalça os postulados de cariz individual, bem como de formação de um Estado que deveria ser a antítese do *Ancien Régime*<sup>367</sup>. É o pano de fundo que oferece suficientes argumentos para o diálogo entre poder e liberdade, tendo como *leitmotiv* o entendimento desses signos de humanidade. Um conjunto de

<sup>365</sup> GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Tradução para o espanhol de Antonio López Pina. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 90. Título original: **Die Zukunft der Verfassung**. Ver, também, GARCIA, Marcos Leite. **O processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais: alguns aspectos destacados da gênese do conceito**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/Marcos%20Leite%20Garcia.pdf>>. Acesso em: 08.03.2012.

<sup>366</sup> VOVELLE, Michel. **A revolução francesa**. 1789-1799. Tradução de Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 12. Título original: **La révolution française**, 1789-1799.

<sup>367</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia & Estado contemporâneo**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Curitiba: Juruá, 2002, p. 68-71.

referenciais, aliás, que é defendido como sendo, a um só tempo, anterior e transcendente ao Estado. Não por outro motivo que o ideário político de então redefinia democracia, ao menos no que concerne às concepções de formação da sociedade política e de soberania<sup>368</sup>; e o pensamento político de um Rousseau dará suficiente sustentáculo para se reconhecer que a sociedade política provém, em verdade, do povo. A ideia de soberania popular também repercutirá sobre o modo de como se entende a organização do Estado, através da Constituição, que, “[...] is the property of a Nation, and not of those who exercise the Government”<sup>369</sup>, como terá defendido um dos grandes entusiastas da revolução de 1789, Thomas Paine. Para que se dê cabimento a essa lógica de organização política da sociedade, é crucial que se delimitem as funções e os poderes do Estado, o que só é obtido, segundo pensa Montesquieu, com a separação de poderes e a técnica controle recíproco.

Para além do ambiente intelectual que contagiava os domínios políticos da França pré-revolucionária, não se pode esquecer que outros fatores igualmente contribuíram para que se perpetrasse contra o absolutismo. A revolução das colônias norte-americanas e os princípios inscritos no *Bill of Rights* de 1776, inspirariam a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e o exemplo do regime monárquico vindo da Inglaterra serviria ao novo sistema de monarquia constitucional<sup>370</sup>. A partir disso e dos contornos constitucionalistas da reunião dos Estados Gerais, que viriam a se transformar em Assembléia Nacional Constituinte, já se podia falar na deposição do *Ancien Régime* e de uma longa revolução, que se inicia em 1789 e estende-se por vários anos de instabilidade, com as perseguições jacobinas<sup>371</sup> e o regime de Robespierre e constituições de

---

<sup>368</sup> Ao fim e ao cabo, as teses contratualistas de formação de Estado, incluindo a de Hobbes (anterior ao período iluminista de França), são todas elas democráticas, pois pressupõem o acordo de vontades entre os homens que passam do *status naturalis* para a sociedade política.

<sup>369</sup> PAINE, Thomas. **Common sense, Rights of man**. Nova Iorque: New American Library, 2003, p. 301.

<sup>370</sup> CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. Tomo I. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 94.

<sup>371</sup> Em 2 de junho de 1793 instaurou-se a comuna de Paris, quando se inicia a ditadura jacobina. O período conturbado culmina com a Constituição de 1793 que, embora não tenha entrado em



vida curta, que não impedem um ciclo de alternância de formas de governo que passam da monarquia absoluta à monarquia limitada, desta para república democrática, que se transforma em ditadura<sup>372</sup>. O que ocorre, em suma, é uma revolução em sentido amplo, que importava na reestruturação do Estado francês. Ou, como afirma Paine, “It was not against Louis XVI, but against the despotic principles of the government, that the Nation revolted. These principles had not their origin in him, but in the original establishment, many centuries back; and they were become too deeply rooted to be removed [...]”<sup>373</sup>, e os experimentos acabam se tornando o expediente para alcance dos fins revolucionários. No entanto, a revolução – ou, como alguns querem, as revoluções que se sucedem a partir de 1789 – trará importantes contribuições para a primeira fase de constitucionalismo.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que formalmente não cabe no conceito de Constituição e, talvez por isso, um Marcello Caetano sequer a cite entre os documentos constitucionais de França<sup>374</sup>, já dispõe

---

vigor serviu de modelo “das elaboradas no nosso tempo para as chamadas «democracias populares» dos Estados Socialistas-totalitários” (CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. Tomo I. Coimbra: Almedina, 1996, p. 95).

<sup>372</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. T. I. 6. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 161-162, sintetiza a História constitucional francesa, que inclui três Constituições revolucionárias (as de 1791, que proclama a monarquia constitucional, 1793, que cria um governo de assembleia, com um único órgão político, o Corpo Legislativo, 1795, que retoma a divisão de poderes); três Constituições napoleônicas (as de 1799, de inspiração cesarista, com a adoção de consulado, 1802, que transforma Napoleão em Cônsul vitalício, 1804, que instaura o império); duas Constituições da restauração (as de 1814, esboçando uma monarquia limitada, 1830, que retoma os princípios liberais); três Constituições da II República e do I Império (as de 1848, que estabelece o sistema presidencialista, 1852, que proclama a restauração do império sob Napoleão II, 1870, quando o império evolui para o sentido parlamentar), três Constituições referidas a III, a IV e a V Repúblicas (as de 1875, que consagra o sistema parlamentar, 1946, com o mesmo sistema da anterior, 1958, que adota um parlamentarismo com papéis destacados para o Presidente da República).

<sup>373</sup> PAINE, Thomas. **Common sense, Rights of man**. Nova Iorque: New American Library, 2003, p. 144.

<sup>374</sup> Por algum tempo desenvolveu-se a polêmica entre os defensores da expressão constitucional da declaração autônoma de direitos fundamentais e seus detratores, os quais, como Hesse, entendiam que a Constituição confere pretensão de vigência às normas de direitos fundamentais. Acerca do debate, cf. SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Habeas corpus**: críticas e perspectivas (um contributo para o entendimento da liberdade e de sua garantia à luz do direito constitucional). 3. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2009, p. 85-87. Gicquel e Hauriou, no entanto, pontificam a importância das declarações de direitos da fase clássica do direito constitucional (GICQUEL, Jean et HAURIOU, André. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. Paris: Éditions Montchrestien, 1985, p. 153). Em todo caso, é de destacar-se, juntamente com

as balizas que delimitam a soberania do Estado que, aliás, está fulcrada na nação e “[...] nenhum corpo, nenhum indivíduo poderá exercer autoridade que não emane diretamente dela” (art. 3); que o Estado só estará regularmente constituído quando houver garantia dos direitos e separação dos poderes (art. 16); que os limites à liberdade apenas poderão ser estabelecidos mediante lei (art. 4), cujo conteúdo estará relacionado a proibições de ações prejudiciais para a sociedade (art. 5). A declaração, portanto, encerra dúplice carácter, o de estabelecer controle dos poderes estatais ao mesmo tempo em que dispõe sobre direitos e garantias de liberdades: há, por um lado, controle das funções mediante o sistema de tripartição de poderes, implicando, *ipso facto*, na própria organização burocrática do Estado; as liberdades, por outro lado, apresentam-se em duas dimensões, a dos direitos definidos pela norma e a das garantias, que podem ser reclamadas para sua salvaguarda (art. 12). Tudo isto, ao fim e ao cabo, podendo ser esquematizado ao modo como elaborou Carl Schmitt, para quem a esfera de liberdade individual é um dado anterior ao Estado, devendo haver, a princípio, uma ilimitada liberdade do indivíduo, em contraposição a uma limitada faculdade, a princípio, do Estado para invadi-la.<sup>375</sup>

Se não se trata propriamente de Constituição, pelo menos a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão contém um indelével aspecto ideológico que propende para a estruturação não só dos direitos de liberdade, mas, também, do próprio Estado. E parece que ela foi por muito tempo entendida desta forma, já que até a Constituição francesa de 1946 não havia um capítulo específico estipulando os direitos e garantias individuais, que permaneciam íntegros na Declaração.

Em suma, a primeira onda de constitucionalização, que tem

---

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. T. I. 6. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 159, o fato de que o constitucionalismo francês terá uma origem revolucionária, sendo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão o documento político que reúne as bases fundamentais relativamente ao componente humano do Estado.

<sup>375</sup> SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Tradução ao espanhol de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1982, p. 138.

na revolução francesa de 1789 e no seu encarte de direitos de liberdade o ponto de irradiação para o constitucionalismo europeu, mas que começa antes, com as declarações de direitos e a Constituição dos Estados Unidos, é, em sua gênese, fundamentalmente marcada por pelo menos três aspectos: o primeiro, de caráter sociológico, relaciona-se com a mobilidade da *bourgeoisie*, que alcança o poder<sup>376</sup>, que é fato verificável nas duas experiências constitucionais referidas. As primeiras constituições nasceram do descontentamento da burguesia que, por um lado, era cônica de sua importância, especialmente para a vida econômica de seus países e, por outro lado, havia adquirido não só a noção das arbitrariedades dos regimes de governos, como daquilo que a intelectualidade propunha em termos ideológicos. Não será errado, portanto, referir, como Carl Schmitt, que os Estados desse período de constitucionalização eram Estados burgueses. O segundo aspecto radica-se no liberalismo que dominou a filosofia política e a economia de fins do século XVIII. O livre estabelecimento, a busca do progresso pessoal e a não-interferência estatal são características que advêm dos postulados da economia liberal. No campo ontológico e ético, o individualismo torna-se premissa para a demarcação da esfera de liberdades do homem. O terceiro aspecto, que de alguma forma pode dar amparo, segundo aqui se entende, à teoria da unidade do Estado de Heller, refere-se ao liame existente entre “le développement de la conscience nationale et le mouvement constitutionnel.”<sup>377</sup> Nas duas experiências constitucionais do século XVIII, havia um forte pendor revolucionário, que se traduz no desejo de organização política nacional. Por fim, não se pode esquecer que o movimento de constitucionalização brotou no meio revolucionário, que para uns importou na libertação e fundação do Estado, enquanto que para outros a revolução depunha um regime antigo de governo e redesenhava a estrutura social-política do Estado já existente, mas em ambos os casos recorrendo-se às lutas.

Não será desarrazoado afirmar que, a essa altura, as bases

<sup>376</sup> HAURIU, André. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. Paris: Éditions Montchrestien, 1968, p. 153.

<sup>377</sup> HAURIU, André. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. Paris: Éditions Montchrestien, 1968, p. 155.

filosóficas, ideológicas e políticas dos Direitos Humanos já estão formadas. São essencialmente um fenômeno da modernidade e para o qual não se poderá encontrar uma única resposta explicativa. Há ingredientes políticos que, no entanto, facilitam a pavimentação das transformações econômicas operadas pelo adensamento dos setores de produção de receitas. Os novos modelos tornam-se incompatíveis com a centralização do poder e das riquezas, na mesma medida em que reivindicam o respeito à individualidade e às expressões de liberdade. Mas, embora situado geográfica e historicamente, e entremeado, inicialmente, nas três experiências políticas referidas, podendo-se dizer que a definição das liberdades, no campo político, transportou-se da Inglaterra para os Estados Unidos e deste para França, enquanto que, no campo filosófico, as imbricações entre os três são indiscutíveis, o fenômeno poderá ser graduado em gerações distintas entre as culturas políticas referidas e, mais ainda, em relação aos demais Estados da Europa e do lado ocidental do Mundo. É sob este viés que se pretende tratar, no próximo capítulo, do geracionismo e das gerações de direitos.

*L'elenco dei diritti dell'uomo si è modificato e va modificandosi col mutare delle condizioni storiche, cioè dei bisogni e degli interessi, delle classi al potere, dei mezzi disponibili per la loro attuazione, delle trasformazioni tecniche, ecc.*

Norberto Bobbio, *L'età dei diritti*.

## CAPÍTULO 3

### GERACIONISMO E AS GERAÇÕES DE DIREITOS

3.1 Uma questão inicial à guisa de compreender-se a dimensão político-jurídica da universalização dos Direitos Humanos como processo histórico (e sobre direitos históricos): serão os Direitos Humanos universais e atemporais?

Os indícios antropológico-culturais em favor de um interesse pela liberdade imemorialmente enraizado na consciência do homem, mas que já passaram a ser registrados na História da antiguidade, servem como argumentos plausíveis para a literatura da liberdade e dos Direitos Humanos, em a qual se inclui a de lavra da plêiade de filósofos políticos que forjaram teorias contratualistas de formação do Estado, preconizando a superação do *status naturalis*, quando a liberdade se manifestava sem regramento, e estabelecendo, em seu lugar, um modelo de liberdade necessária e sustentável na sociedade política. Também a filosofia política liberal, como a de Constant e a de Mill, dignificará o homem em razão de sua condição de ser livre, admitindo uma forma ampla de liberdade apenas limitável pela lei, erigida, em todo caso, para a proteger. A lei, nesses termos, passa a ser um instrumento não apenas para salvaguarda da liberdade,

como também para sua definição. Uma fundamentação possível para a liberdade defendida entre os séculos XVIII e XIX, diante dessa contextualização, estará presente, *ipso facto*, no direito natural, mais especificamente, no jusracionalismo.

A primeira onda de constitucionalismo, irrompida pelas Declarações de direitos norteamericanas e pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, tem como elemento axial a crença na liberdade legal e nos direitos naturais do homem. Estes direitos, aliás, proclamados inalienáveis, têm, em seu *significante*, conotação semântica que equivale ao *absoluto*. A Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, v.g., dispõe sobre as condições de liberdade e igualdade do homem, que pode dispor de seus bens sem quaisquer opressões; o que converge para sua natural inclinação para a procura da felicidade (art. 1º); não é diferente o enunciado contido no art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que encartou os direitos individuais e preservou-se de forma autônoma em relação às Constituições francesas<sup>378</sup>; seu art. 2º, a propósito do que aqui se afirma, dispõe acerca do objetivo das sociedades políticas, que é o de preservação dos “direitos naturais e imprescritíveis do homem”, quais sejam a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. Mas, com o distanciamento daquele período histórico de documentos políticos declarativos de direitos, emergem, de pronto, alguns questionamentos incontornáveis: os direitos do homem, como são mencionados pela cultura jurídica francesa e hoje tradicionalmente referidos como Direitos Humanos, são, de fato, universais? O absolutismo de ideias contido em cada enunciado, como o de fazer-se feliz, inclusive por meio da proteção da propriedade contra outras ordens de interesse, são atuais e aplicáveis à humanidade?

---

<sup>378</sup> É da tradição francesa, observada, v.g., na Constituição de 1946, remeter-se aos direitos de liberdade tratados na clássica *Déclaration*, que terá valor constitucional, embora redigida de forma autônoma. Para alguns autores, esta situação se justifica “com o argumento de que essas declarações enunciam a existência de um domínio reservado ao benefício dos cidadãos em face do Estado, e que, assim, a sua motivação é a de dar conhecimento, por forma solene, ao Povo e aos governantes a doutrina político-social que deve inspirar a actividade do Estado” (GODINHO, José Magalhães. **Direitos, Liberdades e Garantias Individuais**, 2. ed., Lisboa: Seara Nova, s/d., p. 26).

Cassese, ao abordar as Declarações de direitos em **I diritti umani nel mondo contemporaneo**, discorre sobre o que designa “mitos políticos”, construídos ideologicamente por certas forças sociais, dando como exemplo mais evidente disso o reconhecimento de “direitos naturais e imprescritíveis do homem”, assim reconhecidos pela sociedade política após o abandono do estado de natureza operado por meio de um contrato social; o que, com efeito, é explicitamente reconhecido pela Declaração de Massachusetts, de 1780, e pela Declaração de New Hampshire, de 1783<sup>379</sup>. Outro desses mitos encontra-se no art. 3º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que trata da soberania nacional, cuja fonte de poder e autoridade emana do povo, desconsiderando-se, neste caso, que na cena política há diversas influências, como as que eram exercidas pela aristocracia, pelas classes sociais e corporações medievais<sup>380</sup>. O que o internacionalista italiano, quem presidiu a Corte Internacional Penal para a Iugoslávia, chama de *miti politici*, no entanto, foi não só consagrado nas Declarações de direitos, mas, também, nas Constituições ocidentais que derivaram dos influxos liberais, e, ainda, nas que nasceram durante e após a onda de constitucionalização introdutora do *welfare State*, como é o caso da Constituição brasileira, em cujo art. 1º, parágrafo único se lê que “Todo poder emana do povo” e no art. 5º declara-se a garantia de inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança. Mais: também se encontram presentes na Declaração Universal dos Direitos Humanos, quando houve um retorno às tópicas do direito natural – uma espécie renovada do jusnaturalismo<sup>381</sup>. O problema que aqui volta a se enfatizar, numa tentativa de ultrapassar o aspecto de inegável carga ideológica que recai sobre as Cartas políticas e a Declaração Universal, relaciona-se com a conformação desses direitos ditos universais e atemporais aos momentos históricos regrados por outra sorte de influências, como as da economia, da tecnologia, da ciência e da política. Ou, por outras palavras, e a modo de problematizar, os Direitos Humanos, preconizados a partir de um critério de

<sup>379</sup> CASSESE, Antonio. **I diritti umani nel mondo contemporaneo**. Milão: Laterza, 2003, p. 23.

<sup>380</sup> CASSESE, Antonio. **I diritti umani nel mondo contemporaneo**. Milão: Laterza, 2003, p. 23-24.

<sup>381</sup> CASSESE, Antonio. **I diritti umani nel mondo contemporaneo**. Milão: Laterza, 2003, p. 27 e ss.

conotação absoluta quanto sua universalidade e atemporalidade, podem sofrer variações e redefinições?

Primeiramente, há de se advertir que os direitos do homem descritos nas primeiras Declarações surgiram em momento histórico radicalmente diverso do que foi proclamado em Constituições e na Declaração Universal. As Declarações de direitos norteamericanas dizem respeito à origem política e constitucional dos Estados Unidos, em que se denota claramente a intenção de confirmar para seus cidadãos direitos já conhecidos do Estado-matriz; a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é feita com o escopo de mudar a situação política de França, revogando o *Ancien Régime*, ao mesmo tempo em que se pretendia adequar o sistema político à circunstância social e econômica. Há, pois, em última análise, uma força moral renovadora tanto nos recém-independentes Estados Unidos como em França pós-absolutista, embora, do ponto de vista pragmático, as Declarações norteamericanas fossem a gênese político-jurídica de um novo Estado, enquanto que os franceses depunham o governo, mantendo-se sólidos como sociedade política. Já a Declaração Universal, que de certa forma retoma as proposições ideológicas do jusnaturalismo setecentista já mencionadas, ocorre após a Segunda Guerra Mundial, quando boa parte da Europa havia sido esfacelada e os problemas econômico-sociais tiveram de ser amenizados pelo *New Deal*, promovido pelos Estados Unidos, que lideraram as força aliadas que puseram fim às atrocidades nazistas. Para além de Roosevelt ter encabeçado o projeto para uma nova sociedade mundial, fincando quatro pontos fundamentais designativos de liberdades, liberdade da palavra e de pensamento, liberdade religiosa, mitigação da necessidade (que pode ser reconhecida nos direitos econômicos e sociais) e mitigação do medo (pela redução de armamentos com o fito de evitarem-se novos conflitos)<sup>382</sup>, com notória marca da cultura constitucional norteamericana, havia uma necessidade moral de reafirmarem-se os postulados universalistas designativos da felicidade do homem. Neste cenário, o aspecto prático visado transcende os objetivos de formação de um novo Estado ou

---

<sup>382</sup> CASSESE, Antonio. *I diritti umani nel mondo contemporaneo*. Milão: Laterza, 2003, p. 27-28



de mudança de regime político: os líderes ocidentais que haviam sufocado o regime nazista, e com isso os perigos dos conflitos armados em nível mundial, pretendiam um melhor relacionamento entre as nações em ambiente de paz<sup>383</sup>.

Ajunte-se a isso, um aspecto inovador que se distingue de outras tentativas de relações internacionais verificáveis na História, como a que se denominou Paz de Vestefália, de 1648. Os antigos tratados bilaterais visavam, com efeito, o contingenciamento de paz ou de proveitos entre soberanos, sem mencionarem benefícios diretos aos povos ou cidadãos. Isto porque, segundo discorre Cassese, a Comunidade Internacional do período entre o século XVII e início do século XX é marcada por três fundamentais características: a) um sistema de relações em que a guerra assume posição cimeira, inclusive “costituendo un elemento essenziale ed indispensabile della comunità internazionale”, ao que denomina de vida sob *stato di natura*<sup>384</sup>. Não se trata de um estado de natureza hobbesiano, mas, adverte o autor, assemelha-se àquela situação descrita por Locke, em a qual há falta de regramento legal, de juízes e de função legislativa. Mais ainda: inexistia a mediação dos conflitos, imperando apenas a força.<sup>385</sup> b) Em segundo lugar, as relações entre Estados ficavam adstritas ao princípio da reciprocidade, que bem pode ser expresso pelo dito latino *do ut des*. Quer isto dizer, que os tratados internacionais eram baseados na possibilidade de concreção de vantagens recíprocas; e quando houvesse frustração para um dos pactuantes, o tratado ou podia ser denunciado, ou o interessado – obviamente, a parte lesada –

---

<sup>383</sup> Szabo, em sentido que converge para o que aqui é relatado, afirma que “O aparecimento dos direitos do homem no Direito internacional tinha também, como é natural, causas sociais, do mesmo modo que os direitos do cidadão. Mas, enquanto o aparecimento dos direitos do cidadão tinha sido, a seu tempo, o produto de uma evolução social ascendente (e, um pouco antes, a manifestação de necessidades novas e progressistas), a entrada dos direitos do homem na cena internacional foi já consequência de fenómenos sociais que se não poderão considerar positivos. O aniquilamento impiedoso e em massa de indivíduos e de grupos de homens nos Estados fascistas, o desprezo pela pessoa humana, a degradação extrema das relações entre o Estado e o homem foram efectivamente os factores que contribuíram para elevar os direitos do homem ao nível de Direito internacional, e para procurar neste uma certa protecção para eles.” (SZABO, Imre. Fundamentos históricos e desenvolvimento dos direitos do homem. In VASAK, Karel (Org.). **As dimensões internacionais dos direitos do homem**. Tradução de Carlos Alberto Aboim Brito. Lisboa: Editora Portuguesa de Livros Técnicos e Científicos, 1983, p. 37).

<sup>384</sup> CASSESE, Antonio. **I diritti umani nel mondo contemporaneo**. Milão: Laterza, 2003, p. 6.

<sup>385</sup> CASSESE, Antonio. **I diritti umani nel mondo contemporaneo**. Milão: Laterza, 2003, p. 6.

invocava a cláusula *rebus sic stantibus*. Dessa maneira o acordo deixava de existir, todavia com a exigência de uma reparação ou a aplicação de uma sanção, sem que o desate da *quaestio* fosse mediado pela intervenção de outro Estado<sup>386</sup>, ou por um organismo supraestatal. c) Por fim, o autor salienta que os povos e os indivíduos não eram considerados nas tratativas internacionais: as cláusulas pactuadas dispunham mais sobre as relações entre os soberanos do que acerca de benefícios imediatos para os povos<sup>387</sup>; estes, pode assim se dizer, eram contemplados indiretamente, pela situação de paz.

A essa altura, como se sabe, a defesa da dignidade humana por Pico Della Mirandola, os manifestos em torno das liberdades e da tolerância pelos enciclopedistas e, especialmente por um Voltaire, tinham tomado enorme projeção, assim como as filosofias política e econômica liberais. De forma que o *idearium* acerca dos Direitos Humanos, inclusive com o emprego deste termo por Paine, com a sustentação teórica de sua prevalência sobre o Estado e Igreja, era já uma posição indiscutível. Lembre-se, a propósito disso, que por ocasião da reunião da Assembleia Nacional instaurada com o movimento revolucionário francês, o clero manifestou-se temendo a Declaração de direitos, e por isso enviou pedidos ao rei para a proteção da religião católica. Num deles, o clero de Orleans clamou pela salvaguarda da religião oficial “(...) contre les attaques multipliées de l’impiété et de la philosophie moderne (...), que la foi catholique soit la seule permise et autorisée sans mélanges d’aucun autre culte publique (...)”<sup>388</sup>, consistindo apelo débil diante da força ideológica então vigente. Contudo, a *intelligentsia* e a consciência geral dos homens não haviam galgado um outro nível de elevação histórica: o conceito de Estado-nação, apesar de encontrar um étimo nos escritos nacionalistas de Maquiavel, concretizou-se em Itália em fins do século XIX e a situação foi parecida em relação ao Império austríaco. Como observava Pasquale Stanislao Mancini, alguns Estados europeus, por um lado, reinavam sobre várias

<sup>386</sup> CASSESE, Antonio. *I diritti umani nel mondo contemporaneo*. Milão: Laterza, 2003, p. 7.

<sup>387</sup> CASSESE, Antonio. *I diritti umani nel mondo contemporaneo*. Milão: Laterza, 2003, p. 7-8.

<sup>388</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derecho y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 83-84.

nações, enquanto algumas nações, por outro, eram submetidas a mais de um Estado<sup>389</sup>. Não havia, pois, a concepção de Estado como unidade, ideia que, uma vez amadurecida, certamente terá exercido influência sobre os postulados de Direito Internacional que surgirão. Mancini, aliás, pontifica em sua teoria o entendimento de que o Estado devia corresponder, em seus limites territoriais, aos anseios de uma nação, e que “sujeitos da Comunidade Internacional” deviam ser não os Estados, mas as nações<sup>390</sup>.

O momento imediatamente posterior à Primeira Grande Guerra Mundial suscitou a preocupação de líderes sediados em pólos ideológicos diametralmente opostos, mas com uma pauta contendo pontos comuns. O presidente norteamericano Woodrow Wilson, ao pugnar pela paz e a reorganização das relações internacionais, pensava no direito dos povos, aspecto particular que convergia com a proposta de Lênin. Deixa-se, portanto, o âmbito estritamente doutrinal, ainda que sob influxos do ideologismo, para se perseguirem metas políticas cujo foco principal viria a ser a autodeterminação dos povos. Mas muito faltava avançar: se já se lançavam os olhos para a questão da colonização – que a bem da verdade só veio a ter uma solução após a segunda metade do século passado – restavam outras situações problemáticas sequer aventadas pelos Estados membros da Sociedade das Nações. Cassese<sup>391</sup> lembra o episódio envolvendo Franz Bernheim, alemão de origem judaica, que em 1933 declarou ao Conselho da Sociedade das Nações ocorrerem violações ao tratado germano-polonês por parte da Alemanha, que vinha legislando regras de teor discriminatório contra a população judaico-alemã da Alta Silésia. O representante do Estado alemão opôs-se à reclamação, afirmando a falta de legitimidade de Bernheim pelo fato de não ser cidadão daquela região, nem mesmo ter uma origem local, estando impedido, por isso, de apresentar uma petição perante o órgão da Sociedade das Nações. Uma comissão de juristas foi formada para examinar a questão formal da reclamação e da contestação do delegado da Alemanha, vindo, ao final, a decidir

---

<sup>389</sup> CASSESE, Antonio. *I diritti umani nel mondo contemporaneo*. Milão: Laterza, 2003, p. 9.

<sup>390</sup> CASSESE, Antonio. *I diritti umani nel mondo contemporaneo*. Milão: Laterza, 2003, p. 9-10.

<sup>391</sup> CASSESE, Antonio. *I diritti umani nel mondo contemporaneo*. Milão: Laterza, 2003, p. 14-17.

por uma recomendação àquele Estado no sentido de fazerem cessar as violações. Houve, ainda, uma proposta francesa salientando que todos os Estados da Sociedade deviam tratar as minorias com justiça e tolerância, *ipso facto*, a Alemanha devia evitar discriminações contra os judeus alemães. O Estado reclamado rejeitou as recomendações, o que foi suficiente para obstar o prosseguimento da demanda<sup>392</sup>. Por outras palavras, a pedra angular dos Direitos Humanos assentada há mais de cento e quarenta anos, o princípio da igualdade, no caso mencionado, aplicável no tratamento das minorias étnicas, estava ainda sujeita a discussões bizantinas; mais ainda, sem qualquer hipótese de solução, uma vez que uma carga de maior hediondez estava para ser arrojada, com o planejado holocausto de judeus, ciganos e pessoas rejeitáveis pela eugenia. Significará isto dizer que os *mitos políticos* vão para muito mais além dos fundamentos dos Direitos Humanos, para atingir de chofre os próprios, que se quedam numa zona meramente simbólica?

As posições fragorosamente antagónicas em relação aos Direitos Humanos em poucas linhas sumariadas, só o são por serem revisitadas com o devido distanciamento histórico que aqui propositadamente se impôs. Não há a intenção de contextualizá-las<sup>393</sup> historicamente, mas o intuito, ao invés, é evidenciar as colisões entre a pragmática política e os Direitos Humanos, justificando-se-os como direitos históricos. A forma de entender a historicidade dos Direitos Humanos, portanto, deverá ser coerente com o que foi esquadrihado no Capítulo I deste trabalho.

---

<sup>392</sup> O art. 5º do Pacto da Sociedade previa a necessidade de aprovação unânime para dar efeito às deliberações da Assembleia da Sociedade das Nações.

<sup>393</sup> Quando aqui se refere sobre contextualização de uma situação, está-se, por via indireta, a tratar-se do relativismo. Embora em vários pontos deste trabalho esteja assente a ideia de que aspectos sócio-culturais influem na forma de como são compreendidos os direitos humanos – e não há como negá-la ou, por subterfúgios linguísticos, contorná-la ao modo de iludir a realidade – desenvolver-se-á, a partir do próximo capítulo, uma linha discursiva que tem como premissa o racionalismo de Popper, que pretende superar as concepções relativistas.

### 3.2 O entendimento do processo histórico de formação dos Direitos Humanos através do *geracionismo* (de direitos)

Se se pensar na evolução dos sistemas sociais, imbricados inapelavelmente com o criacionismo cultural, tendo-se como suposto disto a inferência de que as culturas são elas próprias evolutivas, dotadas de plasticidade que lhes permite, do ponto de vista organicista, moldar-se em razão das circunstâncias (desde aquelas ditadas pela natureza a outras emanadas do entrechoque cultural), então se perceberá nunca ter ocorrido de forma linear, embora seja forçoso reconhecerem-se em cada nova etapa sistêmica razões consequenciais. Os momentos de crise, identificados pelo esgotamento de paradigmas, impelem os homens para uma reorganização social, que poderá ser uma revolução de corte radical com o momento histórico precedente, mas que nem por isso significará, *tout court*, a elevação da estatura social na escala histórica<sup>394</sup>: há, com efeito, episódios históricos subsequentes a momentos de crise que cristalizam juízos pessimistas por parte do observador. Popper, ao justificar o imperativo da reflexão aturada ditado aos analistas da sociedade, sublinha o fato de que “A maioria das revoluções, se não todas, produziu sociedades muito diferentes das que os revolucionários desejavam.”<sup>395</sup> Ora, isto quer significar que o projeto revolucionário há de estratificar-se em um dos seguintes níveis: ou no das concretizações que tornam factível a globalidade do que foi ideado para o porvir (o que, para Popper, é algo raro), ou, eternamente, no limbo das utopias. Neste caso, pensar-se-á não no progresso histórico, como um passo à frente relativamente ao *status quo* crítico, mas num verdadeiro retrocesso que, todavia, inflectirá sobre o dimensionamento de outra plataforma para a vida social. Pense-se, *v.g.*, nas conturbações sociais e políticas – de todo em todo não queridas nem planejadas – no longo período revolucionário que sucede o *Ancien Régime*, incluindo-se, de permeio, o jacobinismo de ideias e as arbitrariedades de Robespierre, e a viragem

<sup>394</sup> Volta-se a repetir a ideia delineada no primeiro capítulo a asserção de que os juízos históricos são formados sobre bases morais vigentes à altura em que se encontra o estudioso.

<sup>395</sup> POPPER, Karl. **O mito do contexto**. Em defesa da ciência e da racionalidade. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 130. Título original: **The myth of the framework**.

promovida pela ascensão de Napoleão, que não só pacifica os territórios franceses, como, ainda sob seu comando, outorga o Código Civil, de 1804, mais conhecido como *Code Napoléon*, que retoma os princípios da Revolução de 1789.

O quadro de traços complexos, à primeira vista sem coerência, não impede que se identifiquem, dentro de amplos espaços temporais, os fenômenos de relevo que caracterizam um período histórico. Mesmo que no entrecorte de dois períodos subsequentes certos aspectos antigos subsistam entremeados com as expressões novas de vida social, será lúdica, ao menos para efeitos de compreensão do processo histórico, a configuração das duas épocas em cotejo. O momento posterior à Segunda Guerra Mundial, v.g., pode ser considerado como aquela zona intermédia em que aos poucos os paradigmas da modernidade se fatigam; apesar de não terem fenecido completamente, passaram a ceder lugar a aspectos de inovação em vários campos, especialmente o político e o jurídico: as pretensões nacionais dos Estados, legitimadas e robustecidas pela ideia de soberania, ainda sob o esteio do nacionalismo, já não comporão o cenário de *status naturalis* descrito por Cassese, nem tampouco autorizarão a disputa de interesses entre governantes; já na segunda metade do século XX, os esforços em torno da constituição de um Direito Internacional que tem por escopo o asseguramento de Direitos Humanos, realizável não apenas pela atuação estatal na efetivação de políticas sociais pactuadas, mas pelo concerto dos Estados para a evitação de novos conflitos mundiais, aponta para a maior interrelação dos órgãos políticos. O processo interrelacional intensificou-se em razão de vários fatores (como o da Globalização) e é, nos dias atuais, apontado como um fato indiscutível, que já permite delinear um divisor de águas entre duas épocas, havendo quem designe a contemporaneidade como período da pós-modernidade<sup>396</sup>. Contudo, as notas definidoras do Estado moderno, na forma de Estado-nação, sobrevivem, e a ideia de soberania é cravada como limite à plena efetivação do Direito Internacional dos Direitos Humanos por meio de mecanismos de execução.

---

<sup>396</sup> O tema será melhor apreciado adiante.

A tarefa de definir as conjunturas sócio-culturais, econômicas, políticas, jurídicas, de conhecimento científico de um sistema social, conduz à compreensão de que são todas elas coligadas e reciprocamente influenciáveis, substanciando, em seu conjunto, o caráter de um período histórico; cada uma dessas conjunturas, dirá Luhmann, forma um subsistema inserido no sistema social, evoluindo por meio de comunicações recíprocas. Para que se fique a meditar um pouco mais sobre a contemporaneidade, será lícito dizer-se que os processos interrelacionais acima mencionados são eloquentes, podendo destacar-se as intensas mudanças na economia mundial, vulgarmente categorizadas como uma onda da Globalização, cujo signo é identificado nas grandes corporações transnacionais e no movimento de capitais e produção em nível global; mas os giros na economia são, em boa parte, catalisados pelas comunicações mais rápidas e pela tecnologia eletrônica (trata-se de elementos que conferem a estes tempos de Globalização um significado de volatilidade), subjazendo, inclusive, em nova taxonomia sobre a matéria, com a designação de uma “economia eletrônica”<sup>397</sup>; pode ainda dizer-se que a situação conjuntural é autorreferencial, na medida em que evolui por meio das comunicações operadas dentro de seu subsistema, sem, no entanto, deixar de comunicar-se com outros subsistemas, como se houvesse uma relação simbiótica a formar um quadro fenomênico. Há, pode dizer-se à maneira de sintetizar o esquema sistêmico, interdependência entre as duas conjunturas, a da economia e a do conhecimento tecnicocientífico, de forma que ambas evoluem simbioticamente (já para não se adentrar a outras, igualmente influenciadoras da Globalização)<sup>398</sup>.

---

<sup>397</sup> GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 8.ed. Tradução de Alexandra Figueiredo, Ana Patrícia Duarte Baltazar, Catarina Lorga da Silva, Patrícia Matos, Vasco Gil. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 57-58. Título original: **Sociology**.

<sup>398</sup> O esquema aqui pensado converge, em parte, para teoria dos sistemas de Luhmann. O sociólogo alemão, que se apoiou na teoria dos sistemas de Humberto Maturana, a ela fazendo, inclusive, referências (LUHMANN, Niklas. **Observaciones de la modernidad**. Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna. Tradução ao espanhol de Carlos Fortea Gil. Barcelona: Paidós, 1997, p. 129. Título original: **Beobachtungen der Moderne**), pensa na sociedade como um sistema autopoietico: os fenômenos evidenciados na sociedade decorrem de manifestações operadas dentro de um sistema social fechado que, contudo, em conformidade com seu grau de evolução, compreende uma variedade de subsistemas, como o da economia, do direito, do

Se o contexto de um período histórico for substanciado por uma forma sistêmica de interrelações conjunturais<sup>399</sup>, em que cada quadro conjuntural é mais ou menos individuado e identificado com a idade histórica analisada, então não será incorreto pensar-se que os Direitos Humanos distinguem-se da situação estática e de perenidade absoluta que se pode supor de sua ideação inicial, pelos jusracionalistas: ao contrário disso, as (re)definições e especificações desses direitos, sensivelmente perceptíveis através de sua observação desde as primeiras proclamações, estão, também, relacionadas com as conjunturas antes mencionadas. Por outras palavras, as alterações nos campos sócio-culturais, econômicos, políticos, jurídicos, de conhecimento científico, repercutem na forma de como devem ser entendidos os Direitos Humanos, que passam, por isso, por adequações no curso do tempo. É arriscado afirmar que essas adequações ocorrem em simultâneo no todo do quadro histórico. Mais acima se demonstrou que alguns traços paradigmáticos de uma época avançam sobre as idades novas da História, impedindo o corte abrupto entre os tempos históricos. No que concerne aos Direitos Humanos, as atualizações operadas por meio de redefinições e especificações não se desligam do seu étimo formador, que, ao contrário, se distendem no tempo, ampliando semanticamente a forma de compreendê-lo. Se os direitos políticos eram, inicialmente, masculinos, brancos e

---

conhecimento científico, todos operando internamente e entre si por meio de comunicações. (CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Tradução para o espanhol de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México, DF: Universidad Iberoamericana/Iteso/Anthropos, 1996, p. 45-48. Título original: **Luhmann in glossario. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali**). Num de seus importantes trabalhos, Luhmann esclarece a teoria, em conformidade com a qual concebe o sistema como um organismo fechado e autorreferente, tangenciando o entorno que é formado por seres humanos, (LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría**. Tradução ao espanhol de Santiago López Petit e Dorothee Schmitz. Barcelona: Paidós, 1997, p. 42-43. Título original: **System and Funktion**). Só pela compreensão da existência do entorno é que se torna possível perceber-se o sistema social como um sistema autorreferencial fechado (**Sociedad y sistema**, p. 50), onde se encontrarão os subsistemas, interrelacionados entre si e com o entorno por meio de comunicações. O sentido de unidade aí existente, que Luhmann faz questão advertir não estabelecer analogia com outros organismos vivos, será depreendido pela rede de relações onde são constituídas (**Sociedad y sistema**, p. 62-63).

<sup>399</sup> Neste ponto, ainda é possível apoiar-se em Luhmann, para quem as possibilidades de análises variam historicamente (LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría**. Tradução ao espanhol de Santiago López Petit e Dorothee Schmitz. Barcelona: Paidós, 1997, p. 45. Título original: **System and Funktion**).



censitários<sup>400</sup>, hoje independem de cor e gênero, são nacionais e, em alguns casos, transnacionais (como ocorre na União Europeia), mas continuam sendo primordialmente direitos relacionados à participação democrática no poder político.

*Mutatis mutandis*, arrancando-se igualmente do método indutivo de que se utilizou para falar-se da transição das idades históricas, e tendo em consideração o aspecto interrelacional das conjunturas que as substantivam, pensa-se ser possível a descrição categorial da evolução dos Direitos Humanos, que nada mais é do que o estabelecimento das idades históricas destes direitos. Por outras palavras, tem-se aqui como possível a caracterização dos Direitos Humanos num sistema histórico<sup>401</sup>, dentro do qual estabelecer-se-á sua organização em gerações históricas. O esquema epistemológico que daí surgir conduzirá a outras zonas problemáticas catalisadas, pode-se assim dizer, pelas transformações operadas pela Globalização, e às aflorações de soluções.

### 3.2.1 A dissensão (acadêmica) entre os termos *Dimensão de Direitos* e *Geração de Direitos*: de onde se escoimam os equívocos em favor da coerência epistemológica

Os juristas brasileiros, ao que parece, não se decidiram por uma terminologia acerca da compartimentação histórica relativamente à evolução dos Direitos Humanos, havendo quem use indistintamente *Dimensão* ou *Geração* de Direitos, alguns a sustentarem o uso do primeiro termo e outros, por fim, como Paulo Bonavides, escrevendo a expressão que de certa forma passou a ser difundida pelo trabalho de Bobbio com o sentido criacionista (por meio da

<sup>400</sup> Ao tratar da categoria que denomina “homem-proprietário”, referido à primeira geração de direitos, identificados com a política do liberalismo, Bastos escreve: “A natureza humana era, à época das revoluções, repleta de condicionantes. Tinha, portanto, além de patrimônio, cor, sexo e cidadania. Era, assim, rica, branca, masculina, além de dever estar vinculada a um ordenamento jurídico de um Estado Nacional.” (BASTOS, Elísio Augusto Velloso. Algumas reflexões sobre os direitos humanos e suas gerações. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, RT 908, ano 100, junho de 2011, p. 180).

<sup>401</sup> A referência que se faz é à teoria orteguiana, exposta no primeiro capítulo.

especificação de Direitos Humanos) na sucessão de fases, mas com alguma ressalva. Não há, contudo, uma doutrina que ultrapasse o terreno de debates puramente semânticos, restando um vazio a ser preenchido com aspectos constituintes de uma epistemologia dos Direitos Humanos. Há autores, como Morais Maranhão, que sequer dão atenção às diferenciações semânticas, considerando que “esses termos” (gerações, dimensões, aos quais adiciona, ainda, categorias e famílias de direitos) devem ser tratados como “sinônimos”. Logo a seguir, salienta a “impropriedade científica” (*sic*) da expressão *gerações de direitos*<sup>402</sup>, criando, desta forma, um antagonismo de ideias. Se há equivalência semântica entre os termos *gerações*, *dimensões*, *categorias* e *famílias de direitos*, como inicialmente afirma o autor, então todos eles poderiam prestar-se ao uso científico. Quando, no entanto, no parágrafo seguinte, refere sobre a *impropriedade científica* do termo *gerações*, Morais Maranhão cria uma rivalidade entre ideias. Talvez mais que um antagonismo, pois a proposição de *negação* da propriedade do termo *Geração* é antinômica em relação à proposição *afirmativa* que lhe antecedeu.

Não se trata de mero emprego terminológico em trabalho científico, nem muito menos de questão desprovida de importância, de modo a endereçar-se à variedade de expressões do âmbito gramatical da sinonímia. A admissão do uso de um termo em lugar de outro vai para além da escolha da *léxis* precisa da linguagem científica: pode dizer-se também nisso refundir-se uma intenção metacientífica, através do esforço lingüístico de operar-se a soma da *léxis* a um substrato ideativo formado pelos pressupostos epistemológicos relativos à matéria estudada, a um *lógos*, portanto, de modo a substantivar o vocábulo com sentido ideológico estruturado e fundamentado<sup>403</sup>. O resultado será a justificação

<sup>402</sup> MARANHÃO, Ney Stany Morais. **A afirmação histórica dos direitos fundamentais**: a questão das dimensões ou gerações de direitos. disponível em: <<http://www1.anamatra.org.br/sites/1200/1223/00001554.pdf>>. Acesso em: 14.03.12.

<sup>403</sup> Apoia-se, aqui, na formulação de SABBÁ GUIMARÃES, Newton. A poesia de Violeta Branca. **Revista da Academia Amazonense de Letras**, ano LXXXIII, n. 23, p. 28-35, nov. 2001, p. 29, que ao tratar da ruptura estilística promovida pelo movimento modernista da literatura, no campo estético-ideológico-lingüístico, refere que a literatura não deixa de exaltar “a língua, **lexis + verbum** para desembocar no **lóghos**, no fazer literário” (o negrito é do original).

de uma categoria epistemológica que sirva como instrumento comunicativo para a comunidade linguística da ciência jurídica<sup>404</sup>.

A dissensão, ou mesmo a indiferença, quanto ao emprego dos termos mais comumente representativos das etapas históricas de evolução dos Direitos Humanos, parece carecer de dissolução, ao menos no âmbito de um trabalho que tenha por escopo o engendramento epistemológico, para o adequado desenvolvimento de uma linha argumentativa que percorra o sistema problemático. No entanto, o esforço dialético (tentado) com a finalidade de desfazerem-se as divergências (e também as antinomias) é, de certa forma, empecido em razão dos minguados recursos discursivos manejados pelos contendores, que nem mesmo

---

<sup>404</sup> Essa posição arranca do sistema filosófico de Wittgenstein, para quem a palavra é mais que o designativo de algo – a etiquetagem de algo ou de um fato –, uma vez que ela representa diversas funções na linguagem (WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Coleção Os Pensadores, vol. XLVI. Trad. de José Carlos Bruni. São Paulo: Abril, 1975, p. 17. Em outras edições das **Investigações**, pode consultar-se o aforismo inscrito no § 11. De agora em diante, serão referenciados os parágrafos de cada aforismo). Se a palavra assume diferentes funções, então seu significado não está, por um lado, adstrito ao objeto, ou ao fenômeno que ocasionalmente designa e, por outro lado, poderá declarar conotações diversas segundo a forma e situação de seu emprego. Para DIAS, Maria Clara. **Os limites da linguagem**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000, p. 49, a filosofia wittgensteiniana entende que “a função do nomear não constitui a única função das palavras”, de maneira que ao utilizá-las como meio comunicativo e de expressão de ideias, deve o interlocutor procurar a forma mais precisa de seu emprego. O filósofo cambridgiano, à guisa de conduzir a questão filosófica da linguagem – que, a bem da verdade, não é dissolvida, e nem isso é por si pretendido – para o âmbito da efetividade comunicativa, refere sobre a sistemática de estabelecer o sentido das palavras por meio de sua inserção em jogos de linguagem. Estes, no entanto, são tantos e variados quanto às expressões de uma *forma de vida*. Por outras palavras, há uma infinidade de jogos de linguagem, que passam a ser perceptíveis quando os selecionamos e os agrupamos pelas semelhanças de funções que desempenharem na linguagem (§ 67). Isso opera-se à medida em que são estabelecidos paradigmas de determinação dos jogos de linguagem (CHAUVIRÉ, Christiane. **Wittgenstein**. Trad. de Maria Luiza X. de A Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991, p. 93), que facultam aos interlocutores maior compreensão da linguagem e seu uso com menor incidência de solipsismos – e apenas isso, pois que o conhecimento das regras do jogo não garante mais que a eficiência dos usos linguísticos. Nas palavras de Wittgenstein, “Compreender uma frase significa compreender uma linguagem. Compreender uma linguagem significa dominar uma técnica” (§ 199). As linhas gerais dessa filosofia servem de orientação para a construção da epistemologia dos direitos humanos, uma vez que o emprego de uma terminologia livre de imprecisões e coerente com o eixo central deste trabalho, permitirá a especulação de linhas argumentativas para o trato da problemática dos direitos humanos. Sobre a filosofia da linguagem da ciência jurídica, há mais referências em SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. Aspectos sobre a intencionalidade do direito a partir de uma aproximação às regras dos jogos de linguagem de Wittgenstein. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 862, p. 69-92, 2007; SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. Compreensão da vontade do direito: um problema da filosofia da linguagem. **Âmbito do Ministério Público de Minas Gerais**, v. 20, p. 16-18, 2010.

logram a fixação das bases de um acordo semântico em torno da questão categorial.

Há autores que, de fato, não se ocupam da matéria e utilizam um dos termos em voga sem qualquer justificação argumentativa que vise estabelecer um embasamento categorial, como é o caso de Ramos Tavares, que prefere referir Dimensão de Direitos<sup>405</sup>; e outros, como Castilho, que se referem à Geração de Direitos<sup>406</sup>. A distinção, aliás, parece ser questão de somenos importância para aqueles que empregam um o outro termo, como é o caso do já citado Moraes Maranhão, e de Leite Garcia, que estabelece uma relação de equivalência entre ambos ao escrever “geração-dimensão”<sup>407</sup>. Haverá, de fato, a equivalência no uso de um ou outro termo, de modo a que se prescindia do enfrentamento semântico como se faltassem verdadeiros escolhos à questão de nomenclatura? Não é o que parece, ao menos quando a proposta de estudo objetiva estruturar uma epistemologia dos Direitos Humanos. Há vertentes de estudiosos que confirmam esta necessidade, ocupando-se da matéria para empregar a categoria que, em seu entender, melhor represente o fenômeno de evolução dos Direitos Humanos. Dentre elas, podem-se destacar duas.

Por um lado, há os que proscvem a expressão Geração de Direitos, preferindo fazer referência à existência de Dimensões de Direitos. Sustentam, segundo se percebe, que no percurso histórico, os Direitos Humanos amalgamam-se de tal forma que quase se tornam indissociáveis, como se fosse um organismo vivo, de modo que ao se falar, v.g., da cláusula de proibição de arbitrariedade na prisão, prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. IX), imediatamente poder-se-á relacioná-la a uma série de garantias

---

<sup>405</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 468 e s.

<sup>406</sup> CASTILHO, José Roberto Fernandes. Os direitos humanos e suas gerações. São Paulo: **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, n.º 35, p. 173-181, jun. 91.

<sup>407</sup> GARCIA, Marcos Leite. **O processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais: alguns aspectos destacados da gênese do conceito**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/Marcos%20Leite%20Garcia.pdf>>. Acesso em: 08.03.2012.

fundamentais com índole processual penal presentes nas Constituições. Dizem os estudiosos à maneira de argumentação, como Fachin, que o vocábulo Geração faz supor a sucessão de períodos, como se cada um se sobrepusesse ao outro em importância<sup>408</sup>. Sarlet, ao alinhar-se a este posicionamento, entende que a *teoria dimensional* dos Direitos Humanos melhor exprime “o caráter cumulativo do processo evolutivo”, que não deve deixar de por em relevo a “natureza complementar” de todos os direitos fundamentais. Para além disso, a Dimensão de Direitos viria a facilitar o caráter de unidade e indivisibilidade que norteia o direito constitucional, bem como o Direito Internacional dos Direitos Humanos<sup>409</sup>. Disso não destoa a lição de Weis, que fala de *interação* e de  *fusão* dos direitos clássicos, os das Declarações, que se consolidaram na primeira onda do constitucionalismo, com os demais que foram positivados principalmente no correr do século passado<sup>410</sup>.

Por outro lado, a vertente de estudiosos *geracionistas*, reconhece a cumulação de direitos – os direitos de liberdade, os direitos de igualdade e os direitos de solidariedade ou de fraternidade, como normalmente se estabelece num esquema doutrinal inspirado no lema revolucionário francês<sup>411</sup> – e, aliás, sustentam-na como aspecto central da teoria dos Direitos Humanos. No entanto, será equivocado falar-se nessa caracterização de  *fusão* de direitos, como se houvesse uma massa obtida pela mescla de elementos, um amálgama que torna impossível sua separação. Não parece que isso ocorra, nem mesmo pela

<sup>408</sup> FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008, p. 201.

<sup>409</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 55.

<sup>410</sup> WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 43, escreve: “A concepção contemporânea dos direitos humanos conjuga a liberdade e a igualdade, do que decorre que esses direitos passam a ser concebidos como uma unidade interdependente e indivisível. Em decorrência, não há como entender que uma geração sucede a outra, pois *há verdadeira interação e mesmo fusão dos direitos humanos* já consagrados com os trazidos mais recentemente.” (o itálico não consta do original).

<sup>411</sup> GARCIA, Marcos Leite. **O processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais: alguns aspectos destacados da gênese do conceito**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/Marcos%20Leite%20Garcia.pdf>>. Acesso em: 08.03.2012; BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 562, e s.

mais frenética interação dos direitos derivada das interdependências, já que cada direito possui um núcleo duro conceitual que se deve manter íntegro, seja para fins hermenêuticos, seja para a viabilização de uma metódica aplicação aos casos concretos. Quando se pensa, *v.g.*, na segunda onda de constitucionalização, que trouxe para o rol dos direitos aqueles de cariz social – os direitos sociais – assimilados ideologicamente pela função prestacional do Estado, diz-se que estes se somaram aos direitos clássicos, os direitos individuais cristalizados em documentos político-jurídicos (Declarações e Constituições) em fins do século XVIII e ao longo do século seguinte. Não apenas porque, do ponto de vista moral, os direitos civis e políticos devem ser preservados como uma conquista das sociedades democráticas, mas porque, nos Estados democráticos de direito, as concretizações sociais passam, antes, pela higidez conceitual e pragmática da pessoa como indivíduo. Não por outro motivo as Constituições surgidas sob inspiração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, como a portuguesa, de 1976, coordenam ideologicamente o sistema de direitos fundamentais por meio do princípio da dignidade da pessoa humana, que se reporta, no dizer de Miranda, a todas e a cada uma das pessoas<sup>412</sup>. Os indivíduos, por sua vez, só logram efetividade de suas liberdades individuais quando o Estado lhes garante determinadas prestações. O acesso à justiça para todos, *v.g.*, independentemente de quaisquer condições, orientado, portanto, pelo princípio da universalidade, otimiza as hipóteses de salvaguarda de certos direitos individuais, como a liberdade física ou o patrimônio. Mas um direito não se mescla com outro por *fusão*. Muito pelo contrário. Com frequência há conflitos de regras constitucionais, quando a esfera conceitual de um direito antagoniza com a de outro (basta pensar-se, *v.g.*, no problema de harmonização dos direitos à intimidade e à expressão, inclusive por meio da liberdade de imprensa), que devem ser resolvidos por mediação discursiva no caso concreto, em decisão judicial<sup>413</sup>.

---

<sup>412</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 168.

<sup>413</sup> A propósito, ALEX, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução para o espanhol de Ernesto Garzón Valdés. 1. reimpressão. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.

Ao apresentar algumas notas sobre os Direitos Humanos, Bastos depara-se com o fenômeno de evolução conceitual que se põe em marcha a partir da fase das primeiras Declarações. Os direitos civis e políticos do período dominado pela filosofia política liberal, vistos com o devido distanciamento histórico, declaravam mais do que, de fato, eram em concretizações na vida dos homens e cidadãos. Ou seja, estavam no campo do ideal, sem poderem efetivar-se em todo seu espectro semântico. Esta situação, no entanto, vai sendo alterada paulatinamente a cada nova conquista das sociedades – a cada grau histórico de evolução das civilizações. Por isso, entende o autor que as Gerações dos Direitos Humanos, como categoria, são uma forma de explicar o surgimento de novos direitos em relação a um período precedente<sup>414</sup>.

Também Bonavides esclarece os acréscimos históricos de direitos usando a fórmula taxonômica das Gerações, que é atribuída a Karel Vasak ao arrancar, de forma analógica, do lema revolucionário francês, cada uma das três etapas evolutivas dos Direitos Humanos. O constitucionalista pondera não poder considerar-se o evento de progresso linear, uma vez que, como oriundo da teia de fenômenos sociais, a matéria está sujeita a ocasionais recuos consoante o modelo de sociedade em que o estudioso a analise; mas afirma que a formação e evolução dos Direitos Humanos ocorrem em espaço aberto, que permite novas aflorações e avanços<sup>415</sup>. Mas ao inclinar-se para o uso do termo Geração de Direitos, Bonavides não demonstra precisão filosófica, nem se preocupa em conceder conteúdo semântico à categoria: refere que a fórmula Dimensão de Direitos poderá representar vantagem sobre a das Gerações dos Direitos Humanos caso esta expressão “venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes”<sup>416</sup>, o que deve ser

---

88. Título original: **Theorie der Grundrecht.**

<sup>414</sup> BASTOS, Elísio Augusto. Algumas reflexões sobre os direitos humanos e suas gerações. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, RT 908, ano 100, junho de 2011, p. 181.

<sup>415</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 563.

<sup>416</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 571-572.

considerado inadmissível.

Como antes se referiu, o ponto de concórdia entre os estudiosos, está em recusar um retrocesso na planificação dos Direitos Humanos por meio da supressão dos direitos hoje considerados clássicos, os de índole democrático-liberal (ou, como alguns rotulam, recorrendo a uma expressão datada, *direitos burgueses* ou *liberdades burguesas*<sup>417</sup>), ou dos demais que foram reconhecidos em épocas posteriores, através do processo de especificação dos Direitos Humanos. Mas o raciocínio, decerto etnocentrista, e, portanto, válido para as culturas europeias e a norte-americana, que atingiram maturidade existencial e política, deixa de considerar os desníveis evolucionais entre os povos, ou, dizendo-se com o intuito de correr menor risco de equívoco, não leva em consideração as singularidades de cada cultura e seu grau de consciência ética relativamente aos Direitos Humanos. Se para o padrão antes referido, verificável na maioria dos Estados democráticos de direito do Ocidente, há uma consciência coletiva de recusa à diminuição dos direitos (civis, políticos, sociais e coletivos), bastando para evidenciar-se isto as manifestações populares contra os efeitos perniciosos da Globalização em diversas ocasiões em fins da década de noventa<sup>418</sup> e, ainda que esparsamente, no correr deste século, ou, mais recentemente, em razão dos desgastes das políticas sociais provocadas pela crise na Europa<sup>419</sup>, a situação será, contudo, diversa em alguns Estados, *v.g.*, que adotaram o fundamentalismo teológico como padrão moral de regime de governo e nos que deram uma guinada rumo ao socialismo ortodoxo ou que o mantém desde o alinhamento revolucionário fundador do antigo *establishment* soviético.

---

<sup>417</sup> SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Trad. castelhana de Francisco Ayala, Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 138, ao referir-se às liberdades burguesas, está, certamente, reenviando o leitor para o momento da primeira onda de constitucionalização, em seguida às Declarações.

<sup>418</sup> GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 8. ed. Tradução de Alexandra Figueiredo, Ana Patrícia Duarte Baltazar, Catarina Lorga da Silva, Patrícia Matos, Vasco Gil. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 72. Título original: **Sociology**, dá como exemplo os grupos de pressão contra a “Ronda do Milénio” da OMC, ocorrida na cidade de Seattle, em dezembro de 1999.

<sup>419</sup> Trata-se de uma afirmação datada e, portanto, há de esclarecer-se que se faz referência à crise econômica iniciada em 2011 e que tem ainda desdobramentos neste ano de 2012, afetando, especialmente, Grécia e Portugal.



A recusa de uma perspetivação problemática pelo viés etnocêntrico, implica na não aceitação pura e simples quer da categoria Dimensão quer da de Geração de Direitos Humanos nos moldes anteriormente referidos, porque nenhuma delas pode ser explicada como padrão genérico e universal de evolução dos Direitos Humanos. O reconhecimento de um certo nível de consciência desses Direitos, variável, como o próprio constitucionalista Bonavides reconhece, segundo o modelo de sociedade a que se refere, impedirá seja uma das categorias substantivadas com as ideias totalitárias de cumulação, unidade e, *a fortiori*, de fusão deles.

Bobbio, ao tratar dos fundamentos dos Direitos Humanos, após apresentar as dificuldades vislumbradas na tese jusnaturalista do absolutismo de sua vigência, faz incidir seus questionamentos precisamente no aspecto terminológico: a expressão *diritti dell'uomo* é vaga e os esforços para defini-la, por vezes, resvalam para a tautologia, como quando se diz que “Diritti dell'uomo sono quelli che spettano all'uomo in quanto uomo.”<sup>420</sup>. A experiência histórica, no entanto, não referenda a eficácia da inteireza semântica da expressão Direitos Humanos, de todos homens e mulheres<sup>421</sup>, uma vez que os entendimentos acerca do tema e mesmo as planificações de políticas declarativas e de garantia sofrem diversos influxos ideológicos. É por isso que o filósofo refere que estes Direitos configuram uma classe variável, apesar do grau de abstração e generalidade que se lhe pretendeu conceder; e a História demonstra que os Direitos Humanos sofrem modificações de acordo com as condições históricas das mais diversas,

<sup>420</sup> BOBBIO, Norberto. **L'età dei diritti**. 12. ed. Torino: Einaudi, 2011, p. 8.

<sup>421</sup> Há autores, como Bobbio, que seguem da tradição francesa que declarou os *Droits de l'Homme*, e, aliás, é comum ler-se a referência à Declaração Universal dos Direitos do Homem. Mas, como afirma com propriedade MARTINS, Ana Maria Guerra. **Direito internacional dos Direitos Humanos**. Coimbra: almedina, 2012, p. 30-31, “a progressiva afirmação dos direitos das mulheres, quer ao nível internacional quer ao nível nacional, com a consequente tomada de consciência das mais ínfimas atitudes discriminatórias contra mais de metade da Humanidade obrigam a rever a terminologia. Com efeito, a expressão Direitos do Homem torna-se redutora, pois o que está em causa são os direitos das pessoas, dos seres humanos, e, portanto, também os direitos das mulheres.” Pouco a pouco assiste-se a uma revolução linguística ditada pelas ideias do politicamente correto e de engajamento ideológico, inclusive no sentido de diminuir-se o uso masculino genérico. É de supor-se, pelo conjunto de sua obra, que Bobbio empregava a expressão *Diritti dell'Uomo* na acepção semântica mais ampla, abrangendo, portanto, homens e mulheres, não sendo, por isso, incorreto traduzi-la por Direitos Humanos.

inclusive em razão das transformações tecnológicas<sup>422</sup>, das condições econômicas e sociais, intensificação dos meios de comunicação<sup>423</sup>. Não desconhece, portanto, as questões que relativizam, no plano histórico, a compreensão dos Direitos, embora insista em sua ampliação nas dimensões espacial e temporal por uma forma de mutação conscienciosa, de acordo com a qual o surgimento de um novo direito em favor de uma categoria de pessoas pressuponha a supressão de um direito velho; assim, o direito de não ser submetido à escravidão, implica na proscricção do direito a possuir escravos<sup>424</sup>.

Por meio desse raciocínio, torna-se insustentável a pretensão de uma Declaração Universal que prescreva Direitos Humanos definitivos, sem que sejam inseridos, portanto, na normal sistemática de evolução e redefinição que afeta a ideia de direito. Esses Direitos, ensina Bobbio, são antes o resultado da civilização humana do que produto da natureza, e por isso, são suscetíveis de transformações no curso da História<sup>425</sup>. É por isso, refere a modo de rematar o raciocínio, considera operar-se o desenvolvimento, ou uma maturação gradual da Declaração, sob a forma de Geração de novos documentos interpretativos que se somam ao documento inicial<sup>426</sup>.

O conjunto de elementos referenciais do quadro de evolução dos Direitos Humanos, incluindo a problemática do relativismo de consciência ética acerca deles, não destoará do eixo epistemológico até agora elaborado neste trabalho. Nem da compreensão e emprego da categoria Geração, na forma como restou preconizada pelo filósofo Ortega y Gasset.

### 3.3 Conceito de Geração em Ortega y Gasset

<sup>422</sup> BOBBIO, Norberto. **L'età dei diritti**. 12. ed. Torino: Einaudi, 2011, p. 9.

<sup>423</sup> BOBBIO, Norberto. **L'età dei diritti**. 12. ed. Torino: Einaudi, 2011, p.28.

<sup>424</sup> BOBBIO, Norberto. **L'età dei diritti**. 12. ed. Torino: Einaudi, 2011, p.11.

<sup>425</sup> BOBBIO, Norberto. **L'età dei diritti**. 12. ed. Torino: Einaudi, 2011, p. 26. O filósofo, aliás, sintetiza de forma pertinente o caráter dos Direitos Humanos ao referi-los como *diritti storici*.

<sup>426</sup> BOBBIO, Norberto. **L'età dei diritti**. 12. ed. Torino: Einaudi, 2011, p. 29.

A oposição feita pelos estudiosos contra a categoria Geração, fulcra-se no entendimento de que seu conteúdo ideológico faz supor *sucessão de direitos*, consistindo na afirmação dos mais novos em detrimento dos antigos (ou de outra Geração); uma situação como esta negaria a força ideológica inerente aos Direitos Humanos, que requerem aperfeiçoamento contínuo e inteireza conceptual. De fato, se se pensar na ideia de Geração cunhada por Ortega, ter-se-á de reconhecer que o filósofo pretendeu com ela significar uma variedade humana datada e, por isso, diretamente relacionada com cada *hic et nunc* histórico. Este sistema insere-se, portanto, na ordem de sucessões históricas, permitindo ao estudioso divisar aspectos marcantes em cada uma das etapas. Mas a categoria não se esgota por aí. Ao tratar do tema relacionado com a evolução dos povos segundo o engendramento categorial de Gerações, diz Ortega que “esas mismas diferencias de talla suponen que se atribuye a los individuos un mismo punto de partida, una línea común, sobre la cual se elevan unos más, otros menos, y viene a representar el papel que el nivel del mar en topografía.”<sup>427</sup>, deixando entredito, pois, que as Gerações se inscrevem dentro de um sistema histórico, em o qual uma Geração não deve prescindir da outra, mas que a elevação de nível histórico é variável entre as classes pessoas e também, como o próprio Ortega diz, entre os povos.

Mais adiante, o autor de **El tema de nuestro tiempo** refere que “cada generación representa una cierta altitud vital”, fazendo com que se sinta a existência de uma determinada maneira. No exame da evolução de um povo, portanto, cada geração representará o *momento de sua vitalidade*.<sup>428</sup> Este momento existencial característico de uma Geração, faz supor a inerência ao poder criativo, que está sujeito, segundo aqui se entende, à exaustão quando a força generativa se transforma, *tout court*, em puro acúmulo histórico que servirá à Geração superveniente. Daí ter-se de concordar com Ortega quando refere “que

<sup>427</sup> ORTEGA Y GASSET, José. El tema de nuestro tiempo. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo III. Madrid: Taurus, 2005, p. 564.

<sup>428</sup> ORTEGA Y GASSET, José. El tema de nuestro tiempo. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo III. Madrid: Taurus, 2005, p. 564. O itálico entre aspas é do original.

las generaciones nacen unas de otras, de suerte que la nueva se encuentra ya con las formas que a la existencia ha dado a la anterior.”<sup>429</sup>

Se Geração, segundo o conteúdo categorial de Ortega, implica na aceitação de um sistema histórico, então, também é de admitir-se que sua ideia é mais ampla que a da de Dimensão, que apenas planifica no tempo uma dada circunstância ou conjunto de elementos circunstanciais, o que é depreendido da afirmação de que “Para cada generación, vivir es, [...] una faena de dos dimensiones, una de las cuales consiste recibir lo vivido – ideas, valoraciones, instituciones, etcétera – por la antecedente; la otra, dejar fluir su propia espontaneidad.”<sup>430</sup>

Se não se estiver aqui percorrendo um equívoco, a ideia de Geração exposta – que se não refere apenas ao homem biológico ou ao ser descrito pelas ciências naturais, mas àquele de cujo élan vital derivam, como obra criativa, as instituições, os valores, as ideias –, prestar-se-á para o entendimento da História dos Direitos Humanos, muitos dos quais positivados nas Constituições como direitos fundamentais. Então, já não parecerá tão disparatada como propugnam os defensores das Dimensões de direitos. Pois que cada nova Geração será resultado do acúmulo histórico de experiências, nem sempre implicando nela reconhecer-se a completa razia do que anteriormente se havia construído. Muito pelo contrário: as Gerações podem – devem – configurar-se de forma interdependente, na medida em que esse acúmulo de experiências se distende no tempo, tornando-se explicação do presente e prognóstico para o que está para ocorrer. “Ha habido generaciones – diz Ortega – que sintieron una suficiente homogeneidad entre lo recibido y lo propio. Entonces se vive en *épocas cumulativas*”, justificando-se seu estudo por uma ciência que se pode denominar de meta-história.<sup>431</sup> Não terá

<sup>429</sup> ORTEGA Y GASSET, José. El tema de nuestro tiempo. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo III. Madrid: Taurus, 2005, p. 564.

<sup>430</sup> ORTEGA Y GASSET, José. El tema de nuestro tiempo. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo III. Madrid: Taurus, 2005, p. 564. Fizemos aqui uma tradução livre do texto.

<sup>431</sup> ORTEGA Y GASSET, José. El tema de nuestro tiempo. In ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo III. Madrid: Taurus, 2005, p. 565. O *itálico* é do original.

ocorrido algo semelhante com as Gerações de direitos que conhecemos?

### 3.4 As Gerações de direitos perspectivadas segundo um princípio ontológico-axiológico de irrenunciabilidade

O Estado do *Ancien Régime* era o ente político personificado na figura do príncipe, que monopolizava o poder e em nome de quem a soberania significava criar e revogar leis, as quais tratavam antes dos deveres do que dos direitos dos homens. Com o período que se inicia em fins do século XVIII e prossegue pelo seguinte, ocorre uma viragem completa, em que os Estados assumirão as características gerais de seu conceito moderno. Já nem se pensará em cidades-Estados como as que formavam boa parte da Europa continental, que se refunda toda esquadrihada em Estados-nação, cujo conceito leva em consideração aquela parte espiritual, que se pode chamar de psique do povo, que dará substância à unidade territorial e de soberania. Há, portanto, a circunstância essencial para a definição dos papéis, com a delimitação do poder e a inserção do povo nesse contexto, tudo isso logrado pelos documentos declarativos de direitos – as Declarações e Constituições, que inauguram a primeira Geração de Direitos Humanos. O poder político, por outro lado, não estará pura e simplesmente representado pela *auctoritas* com prerrogativas de mando, pois que encontrará limites ditados por uma ordem legal tendente ao reconhecimento da esfera de liberdades individuais. Se antes havia apenas o conjunto de deveres, agora o direito passava a estabelecer as liberdades dos homens e cidadãos.

Mas já a partir do século XIX esta estrutura de Estado, com seu esquema reduzido de funções, não será suficiente para atender os novos interesses. A revolução industrial põe em evidência a classe proletária, responsável pelo processo de produção e geração de riquezas e, no entanto, gozando de situação não mais vantajosa do que a dos camponeses do século XVIII. As reivindicações de direitos sociais e econômicos eclodem durante esse período, em o qual o Manifesto comunista de Marx e Engels é publicado (1848). Os direitos individuais, os de primeira Geração, que expressam a liberdade dos modernos, ou,

nas palavras de Benjamin Constant, “o direito a não estar submetido a não ser às leis”, eram insuficientes, como dá a entender a Constituição francesa de 1848 e, mais tarde, com maior importância, a Constituição de Weimar, de 1919, tratando de direitos sociais referidos à proteção da família, da educação e do trabalho, quando se transpõe o limite do Estado liberal para avançar-se ao Estado do bem-estar social.

Se a primeira Geração de direitos implica no reconhecimento da liberdade negativa, ou seja, na liberdade de se não ser molestado, que corresponde, referentemente ao Estado, a um papel de não-interferência (uma situação que antagoniza com o regime de opressão do absolutismo e que surgiu como declarada luta contra esse estado de coisas), podendo essa liberdade ser esquematicamente reduzida à expressão berliniana estar *livre de (liberty from)*<sup>432</sup>, a segunda Geração de direitos expressará a liberdade positiva, ou seja, a liberdade de auto-realização, ou, na fórmula de Berlin, estar *livre para (liberty to)*<sup>433</sup>. Esses novos direitos aparecem logo após a Primeira Grande Guerra Mundial que, no entanto, não é determinante para o aparecimento das reivindicações dos direitos econômicos e sociais. Por fim, em vez de não-interferência, esses direitos são preenchidos pelas prestações estatais, o que justifica denominar-se o Estado assim constituído como de bem-estar social, ou Estado-providência.

Mas como a História é também feita de movimentos cíclicos determinados por momentos críticos, a destruição da Europa ao longo da Segunda Guerra Mundial e o genocídio contado em milhões de pessoas, inclusive deliberado pelo programa do regime nazista de extermínio de certas minorias, como a de judeus e ciganos, criou uma nova consciência política mundial em torno dos Direitos Humanos, que se verá representada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948. O avanço que aí se dá não decorre pura e simplesmente por influência do

---

<sup>432</sup> BERLIN, Isaiah. **Cuatro ensayos sobre la libertad**. Tradução de Julio Bayon. Madrid: Alianza Editorial, 1998, p. 220-231. Título original: **Four essays on liberty**.

<sup>433</sup> BERLIN, Isaiah. **Cuatro ensayos sobre la libertad**. Tradução de Julio Bayon. Madrid: Alianza Editorial, 1998, p. 231-236. Título original: **Four essays on liberty**.

experimento vivido pela Sociedade das Nações, em cuja efêmera existência não logrou atingir seu principal objetivo, o de coordenar as iniciativas de solução para os litígios entre Estados estrangeiros de modo a preservar a paz; no entanto, pode encontrar um étimo filosófico em Kant. Afinal, o autor de **Para a paz perpétua** já havia entendido que nenhum Estado tem direito à guerra de punição (*bellum punitivum*)<sup>434</sup>, nem a impor coerção<sup>435</sup>, devendo, pelo contrário, procurar a paz, constituindo uma espécie de “liga” ou “aliança da paz”. E explica que “Essa liga não se propõe a adquirir qualquer poder do Estado, porém somente a manter e garantir a liberdade de um Estado para si mesma e, ao mesmo tempo, para outros Estados coligados”<sup>436</sup>, desenvolvendo-se, por esse aspecto, uma república mundial. É nessa república mundial, onde é suposto tratar-se de domínio de todos, que o homem deverá gozar do direito à hospitalidade, tornando-se um homem cosmopolita. Pois bem, a terceira Geração de direitos, que poderia ter sido concebida por um Kant, mas advém da circunstância política e social mundial de pós-guerra, identifica-se com o direito à paz, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade e com o desenvolvimento. Já não se referirá ao homem como ser individual, mas aos grupos de indivíduos, à família, ao povo, e à própria humanidade. Perspectivam-se nessa nova Geração de direitos, portanto, a proteção do homem em níveis que transcendem as fronteiras dos Estados, e o ser ideal detentor de uma natureza, para o compreender na sua essencial veste de pessoa humana, carecedor de atenções indispensáveis para o aperfeiçoamento. Ao referirem-se à própria humanidade, esses direitos devem ser positivados segundo o consenso dos Estados, de maneira que possam ser exigidos em foros internacionais.

Não se pode esquecer, entretanto, que a terceira Geração de direitos é também marcada por três importantes aspectos. Em primeiro lugar, a

---

<sup>434</sup> KANT, I. Para a paz perpétua. In GUINSBURG, J. **A paz perpétua**: um projeto para hoje. Tradução de J. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2004, p. 36.

<sup>435</sup> KANT, I. Para a paz perpétua. In GUINSBURG, J. **A paz perpétua**: um projeto para hoje. Tradução de J. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2004, p. 46.

<sup>436</sup> KANT, I. Para a paz perpétua. In GUINSBURG, J. **A paz perpétua**: um projeto para hoje. Tradução de J. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2004, p. 48.

Declaração Universal de Direitos, que logo passa a apanágio dos Estados da modernidade comprometidos com o progresso dos povos, arrimando-se não apenas no respeito aos direitos econômicos e sociais, mas num princípio fundamental de solidariedade que traspassa as fronteiras, coincide com o momento histórico categorizado por Hauriou como o da quarta onda de constitucionalização<sup>437</sup>. É durante o pós-guerra, atravessando os anos 60 até chegar à década de 70, que se verifica a série de episódios de descolonização e o surgimento de novos Estados, obviamente procurando seu posto na escala dos Estados desenvolvimentistas, muitos dos quais sem uma precisa direção a tomar no campo ideológico (o Mundo estava dividido em dois grandes blocos e o juízo de valor que se fazia era simplesmente maniqueísta, não havendo lugar para outras situações ideológicas)<sup>438</sup>. Em segundo lugar, as Constituições desse período, iniciando pela Lei Fundamental da Alemanha Federal, depois pela Constituição da República Democrática Alemã e, já na década de 70, pela Constituição portuguesa e pela Constituição espanhola, inscrevem o princípio da dignidade da pessoa humana, de inspiração humanista e cujo conceito diz respeito à ontologia, como norma que preside a todos os Direitos Humanos. O primeiro dos documentos políticos citados insculpe o princípio já no seu art. 1º, prescrevendo que a dignidade é inviolável e o Estado obrigado a respeitá-la e protegê-la; e que, ademais, “O povo alemão reconhece, em consequência, os direitos invioláveis e inalienáveis do homem como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça”, ou, por outras palavras, que os direitos abrigados em sua Constituição estão atrelados à dignidade da pessoa humana que, como tal, é patrimônio natural de todos os homens. O terceiro aspecto está relacionado com a observação de Bobbio, segundo a qual os Direitos Humanos são históricos e uma série de fatores determinará a especificação e a aceitação de novos direitos<sup>439</sup>. Assim, a Declaração Universal de Direitos Humanos não é obra acabada, mas apenas a

<sup>437</sup> HAURIOU, André. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. Paris: Éditions Montchrestien, 1968, p. 79.

<sup>438</sup> As complexidades do Estado contemporâneo, aliás, substantivam os Direitos Humanos de terceira geração, como salienta PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **La tercera generación de derechos humanos**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 28-32.

<sup>439</sup> BOBBIO, Norberto. **L'età dei diritti**. 12. ed. Torino: Einaudi, 2011, p. 26.



diretriz histórica que permitirá a admissão de outros interesses humanos como direitos novos, segundo são depreendidos dentro da dinâmica de desenvolvimento humano.

Há quem sustente, como Paulo Bonavides, a existência de outra Geração de direitos – ou, como também refere, “dimensão de direitos” –, que é determinada pela circunstância da política global e pelos avanços tecnológicos, exigindo não apenas o redimensionamento da democracia, como, também, a normativização de outras situações emblemáticas deste período. O constitucionalista destaca os malefícios causados pela Globalização política neoliberal, que avulta sem “referência de valores”, beneficiando designadamente as “hegemonias supranacionais”, o que reivindica uma política que faça frente a esse estado de coisas por meio “Globalização de direitos fundamentais”, que equivaleria, segundo sua tese, à universalização “no campo institucional”. Esclarecendo melhor seu ponto de vista, Bonavides inclui no rol dessa quarta Geração os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo<sup>440</sup>. Não se desconhecem os fenômenos aqui citados, mas é de questionar-se a emergência de uma quarta Geração de direitos relacionados com esse quadro.

Apesar de evidenciarem-se novos contextos sociais, econômicos, políticos e jurídicos genesicamente relacionados com os fenômenos citados, ainda não se pode afirmar com segurança que estejamos, de fato, diante de um novo ciclo de direitos a serem reconhecidos por meio de uma positivação jusfundamental ou, no âmbito internacional, em Tratados. Se, por um lado, Bonavides não desenvolve de forma aturada os pressupostos de uma metodologia político-jurídica capaz de sustentar sua tese, faltando-lhe, por exemplo, melhor delinear a Globalização como fenômeno *metajurídico*, ou seja, com repercussões sensíveis no Mundo jurídico; especificar a transição por que passam os Estados nacionais, designadamente no que concerne à redefinição de soberania e no que isso implicaria em termos jusfundamentais; e, de igual modo, relativamente às

---

<sup>440</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 571.

“hegemonias supranacionais”; por outro lado alguns de seus argumentos estarão enformados na própria definição da terceira Geração de direitos.

Há de se referirem, em concordância com a linha de raciocínio acima mencionada, alguns argumentos contrários à tese de Bonavides. Em primeiro lugar, pensa-se que as circunstâncias arroladas como determinantes dos novos direitos não estão muito bem definidas, nem sugerem um ponto paradigmático de revolução constitucional. As Gerações de direitos anteriores foram marcadas pela exaustão de modelos em relação ao trato dos interesses e necessidades humanos que surgiram ao longo da evolução social. Ou seja, a transição entre Gerações é marcada por situações críticas a reivindicarem novos paradigmas que deem suporte àqueles aspectos humanos. O que se observa, especificamente em relação aos Direitos Humanos, é que os momentos de crise determinaram ou a declaração de direitos, ou o consenso em torno deles. No atual momento histórico, no entanto, não se observa isso de maneira muito clara. Em segundo lugar, o direito à informação segundo a concepção de Bonavides, *v.g.*, pode melhor estar alinhado à situação que Bobbio referiu como de especificação de direitos decorrentes dos Direitos Humanos, do que propriamente uma insurgência para sua concretização como uma nova Geração. Em terceiro lugar, os direitos designados como direitos à democracia e ao pluralismo, fazem parte do encarte de regramentos internacionais e constitucionais, bastando tomarem-se como exemplos as Constituições portuguesa, espanhola e brasileira<sup>441</sup>.

---

<sup>441</sup> A Constituição portuguesa dispõe no art. 1º sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, num sentido que se concilia com o aqui referido, enquanto que o art. 2º dispõe sobre o Estado democrático de direito. Não é diferente a arquitetura político-jurídica da Constituição espanhola, em cujo art. 1, 1 há a proposta fundamental de estabelecerem-se, como valores superiores, o Estado social e democrático e o pluralismo político; em concordância com isto, o Estado espanhol respeita as nacionalidades e regiões que o integram (art. 2). A ideia de pluralismo social (também cultural) está presente no regramento jusfundamental, quando prevê o uso oficial das línguas faladas em regiões autônomas para além do espanhol (art. 3, 2); aliás, a diversidade linguística de Espanha é considerada como seu patrimônio cultural. Por fim, a Constituição brasileira tem no Estado democrático de direito sua linha política mestra (art. 1º), ideia esta arrimada pela declaração que consta no preâmbulo, em que se reconhece que o Brasil é formado por uma sociedade pluralista. As Constituições que cabem nesse modelo dispõem de mecanismos concretizações, as normas programáticas. Assim, quando se fala de direitos ao pluralismo, pode pensar-se, *v.g.*, na garantia dos direitos culturais (art. 215, da Constituição

As observações feitas à tese de Bonavides, mais com o intuito de dar esteio à planificação epistemológica aqui assentada por meio de uma metodologia político-jurídica, do que de uma disputa ideológica, não possuem a condição de encerrar o debate *geracionista*. Muito pelo contrário. O que antes se referiu, com apoio em Bobbio, não autoriza à antecipação de uma opinião no sentido de que a necessária (e natural) especificação dos direitos para atender à dinâmica histórico-cultural – que parte daquelas amplas diretrizes consensualmente aceitas pelos Estados –, coloca um ponto final na seqüência de rupturas revolucionárias e de redefinição dos Direitos Humanos. Mesmo que, por um lado, as atuais Constituições visem mais a programas para concretização de direitos fundamentais (nessa parte tornando-se, portanto, suscetíveis de reformas), do que propriamente à positivação de novos direitos e que, por outro lado, a inclusão das regras de recepção de normas proclamadas em tratados internacionais, como ocorre em nossa Constituição e na da República portuguesa, *v.g.*, mitigue o papel dos movimentos de constitucionalização, tudo isso, provavelmente, decorrente de um fenômeno que se pode chamar de cosmopolitismo político, jurídico e econômico, ainda se encontrará um espaço sempre aberto para novas definições de Direitos Humanos. Isto porque a circunstância global, e, principalmente, de integrações regionais, não é de pura tranquilidade, bastando para reforçar essa posição lembrar-se de um dos mais emblemáticos episódios políticos ocorridos justamente na União Europeia, um dos palcos da Globalização, onde as planificações políticas, jurídicas e econômicas deviam assentar-se numa Constituição europeia, que acabou, no entanto, sendo rejeitada por França e

---

brasileira), inclusive por meio de um Plano Nacional de Cultura que valorize a diversidade étnica e regional (art. 15, § 3º, V, da Constituição brasileira). No sistema europeu, regido pelo princípio do primado do Direito da União, há normas comunitárias, supraestatais portanto, que versam sobre a pluralidade, determinando, *v.g.*, o desenvolvimento das culturas dos Estados-membros, “respeitando sua diversidade nacional e regional e pondo simultaneamente em evidência o patrimônio cultural comum” (art. 167º, 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia). Tudo isto acaba sendo plasmado pelos princípios democráticos que se impõem às atividades e funcionamento da União (SILVEIRA, Alessandra. **Tratado de Lisboa**. Versão consolidada. 2. ed. atual. e ampl. Lisboa: Quid Juris, 2010, p. 39 – art. 39 do Tratado da União Europeia). Sobre os princípios aplicáveis ao direito europeu, especialmente o citado, ver SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da união europeia**. 2. ed. atual. e ampl. Lisboa: Quid Juris, 2011, p. 129 e ss.

Holanda, em 2005. A Globalização – ou as Globalizações, como prefere Boaventura Sousa Santos – não é capaz de pôr cobro aos localismos, embora os aspectos locais cada vez mais se nos pareçam vulneráveis diante daquele fenômeno. De qualquer forma, a preocupação com os localismos culturais, presente na teia de ordenamentos jurídicos europeia, talvez possa representar um novo horizonte de Direitos Humanos.

Outro aspecto que se soma ao *geracionismo* de Direitos Humanos, que igualmente encontra uma justificativa ontológica, é a impraticabilidade, ao menos nos Estados de cariz democrático, de retrocesso a estágios anteriores aos de reconhecimento de direitos, o que aqui é tratado como um princípio de irrenunciabilidade. Desta forma, o fundamento ideológico dos direitos de liberdade, que integram a primeira Geração de direitos, não se submete a uma operação pragmática de substituição ou de hierarquização ante o surgimento da segunda e terceira Gerações. Nem se pode afirmar que as Gerações que sobrevivem, se desenvolvem, *tout court*, lateralmente em relação à primeira, senão que dela partem num sentido ascendente e sempre, assim se sustenta, de forma interdependente. Por outras palavras, as Gerações de direitos aparecem como fenômeno jurídico e político em que cada qual traz a carga de experiências e valores adquiridos pela precedente, de modo que todo o vivido anteriormente se torna patrimônio acumulado do homem.

Para demonstrar o que aqui se defende, basta lembrar-se que a crise do Estado do bem-estar não expurgou os direitos sociais de segunda Geração, por um lado ferrenhamente defendidos por grupos de pressão política contrários ao neoliberalismo, por outro redimensionados a partir de uma nova forma de salvaguarda, pela comparticipação do terceiro setor; o engajamento dos que defendem aqueles direitos, no entanto, só é possível porque os cidadãos são titulares das liberdades concebidas na primeira Geração de direitos. Já no que se refere aos direitos que se tornaram mundiais, reconhecidos em tratados, convocando as nações para o dever de solidariedade e de desenvolvimento dos

grupos humanos, os direitos de terceira Geração, encontram seu étimo fundante nos primitivos Direitos do Homem e do Cidadão do século XVIII, só que agora planificados segundo uma nova consciência, a que se formou ao longo de uma arrasadora Guerra Mundial. Por outras palavras, as Gerações de direitos surgidas nos alvares do século XX não excluem os direitos ancestrais, aqueles celebrizados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão; pelo contrário, deles dependem diretamente em razão da força axiológica que exercem, dignificando o homem não apenas na sua individualidade, mas como pessoa humana; por isso, ao fim e ao cabo, referindo-se a todos os homens.

Isso é muito bem percebido por Bobbio, que oferece um exemplo do aspecto de dilatação no tempo dos direitos de primeira Geração. Ao tratar da liberdade dos modernos comparada à dos pósteros, ressalta a importância daqueles direitos clássicos, referindo que “a doutrina liberal, embora historicamente condicionada, expressou uma exigência permanente [...]: essa exigência, para dizer de modo mais simples, é aquela da *luta contra os abusos do poder*.”<sup>442</sup> Mais adiante, dando prova de sua afirmação, alega que

Ainda hoje, contra os abusos do poder, por exemplo na Itália, os comunistas invocam a Constituição, invocam exatamente aqueles direitos de liberdade, a separação dos poderes (a independência da magistratura), a representatividade do Parlamento, o princípio da legalidade (nada de poderes extraordinários para o executivo), que constituem a mais ciosa conquista da burguesia na luta contra a monarquia absolutista.

Parece acertado apropriar-se da lição do filósofo italiano, para se afirmar que os direitos clássicos de liberdade estão sempre sendo convocados, porque há uma consciência deles arraigada no homem moderno. Não apenas para que se dê consecução às liberdades, mas com o intuito, talvez não declarado, de arrimar axiologicamente o reconhecimento de qualquer outro direito do homem.

Esses direitos inscritos permanentemente no caráter dos homens, vêm sendo praticados em graus diferentes – ou em *altitudes vitais*

---

<sup>442</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**. A filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 277-278. Título original: **Teoria generale della politica**. Itálico no original.

variáveis – há mais de dois séculos, quando os movimentos de trabalhadores exigiram melhores condições, os negros norte-americanos reclamaram igualdade, e alguns povos lutaram por sua autodeterminação no período de descolonização; mas, também, quando se deu a revolução feminista, ou se lutou contra o *apartheid* e, em nossos dias, quando se protesta contra os movimentos de Globalização ou contra o regime neoliberal. Ao se tentar tolhê-los, como se tem verificado em alguns Estados sob governo autoritário, v.g., com o fechamento de canais de televisão ou pela censura a periódicos, num explícito ataque contra as liberdades de imprensa e de pensamento, a comunidade local e estrangeira é violentada e não se conforma. Há nisso um acinte inaceitável que afronta os valores éticos ocidentais. A título de sumarização, pode dizer-se, com uma boa margem de segurança, que a *altitude vital* atingida pela maior parte dos Estados democráticos do Ocidente, diferenciados apenas por leves desníveis no grau de consciência ética, permite-lhe uma organização político-jurídica para os Direitos Humanos em concordância com o conteúdo das três Gerações referidas.

### PRIMEIRAS CONCLUSÕES

Ao chegar-se a este ponto de desenvolvimento de um projeto epistemológico para os Direitos Humanos, em que sobressai, como primeira e fundamental aproximação, o caráter histórico desses direitos, tal como, aliás, reconhecia Bobbio ao designá-los *diritti storici*, há de se integrar esta elementar epistêmica com a própria noção de História. Melhor explicando, o projeto epistemológico aqui tentado visa compreender os Direitos Humanos pela perspectiva da História, que, por sua vez, como referencial fundamental do quadro descrito, há de também ser dissecada em suas particularidades epistemológicas. Só desta forma, segundo a metódica aqui utilizada, se poderá avançar para a finalidade de sondarem-se soluções possíveis para ultrapassar os escolhos que atualmente se enfrentam no deambular de um período de transições.

As tentativas para o enfrentamento dos problemas, segundo o programa metodológico aqui escolhido, realizam-se por meio da compreensão de um substantivo processo histórico. Este processo não se compagina, adiante-se desde logo, com a simples ideia de desenvolvimento, como se a História descrevesse o progresso linear das civilizações. Ao invés disso, a História deverá ser apreendida de um sistema, em que as opções existenciais não ocorrem mecanicamente, de forma consequencial, mas em razão da experiência de todo o vivido e, por isso mesmo, são verdadeiras *opções*, ainda que não expressamente declaradas.

Claro que uma sociedade pode estar mais bem preparada para isso que outras, por ter atingido a uma *altitude vital* pelo acúmulo de todo o vivido em seu percurso existencial. Cada nova elevação de um povo, de uma cultura, verificada pelo conjunto de soluções experimentadas para se sair do ponto de exaustão dos paradigmas culturais, corresponderá a uma nova Geração. Esta categoria, por referir-se à condição vital do ser humano no plano histórico, poderá, de forma análoga, tornar-se apta a explicar a evolução dos Direitos Humanos. E se for assim, o enfrentamento do sistema problemático que circunda o tema não pode evitar uma outra série de questionamentos atrelados aos fundamentos dos Direitos Humanos e à pretensão universalista no sentido de que tais direitos dizem respeito a todos os seres humanos. Poder-se-ia, assim, perguntar: a diferença de níveis existenciais constatável entre os diversos povos e culturas corresponde, no lineamento metodológico de compreensão dos Direitos Humanos, ao relativismo cultural de consciência ética? Se se der uma resposta afirmativa a esta questão, então surgirá uma nova indagação: o caráter ideológico de universalismo dos Direitos Humanos estará inapelavelmente comprometido, não passando, portanto, de proposição de um ideal com traços genéticos da civilização ocidental? Por fim, o relativismo de ideias será a única via admissível para a sublimação dos problemas relacionados com a efetivação dos Direitos Humanos?

As questões apresentadas acutilam diretamente um dos

principais domínios problemáticos da matéria e que, em verdade, vem sendo tratado no âmbito da terceira Geração de direitos: o que diz respeito à Mundialização dos Direitos Humanos, que passará a ser tratada no capítulo seguinte.



## **PARTE II**

### **A MODERNIDADE TARDIA E OS NOVOS DESAFIOS PARA UMA POLÍTICA JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS**

*...bisogna avere chiaro in mente che la protezione dei diritti umani non si consegue né in un giorno né in un anno: essa richiede un arco de tempo assai vasto.*

Antonio Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporâneo*

O que espanta o homem no espetáculo dos outros homens são os pontos pelos quais se parecem consigo.

Lévi-Strauss, *A antropologia face aos problemas do mundo moderno*

## CAPÍTULO 4.

### A MUNDIALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

#### 4.1 A Mundialização – ou as várias formas de Mundialização – como fenómeno humano e proposta de um sentido conceptual

A categoria Mundialização, com frequência utilizada em política, relações internacionais e no Direito Internacional público, não é de simples compreensão. Um primeiro exame localizável no sentido semântico poderá apenas sugerir uma noção tautológica daquilo que, de fato, ocorre na existência humana desde os primórdios. Encontrar-se-ão, dessa forma, intentos de Mundialização já na antiguidade, quando os romanos fundaram seu Império, que se estendia por todo continente do que é hoje Europa, incluindo as manchas insulares, por partes da África e do Oriente; e até onde iam seus domínios, com a disseminação da cultura latina, incluindo a política e o direito, era, verdadeiramente, o Mundo<sup>443</sup>.

---

<sup>443</sup> DEFARGES, Philippe Moreau. **A mundialização**. O fim das fronteiras. Tradução de António Moreira Neves. Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p. 15. Título original: **La Mondialisation**. GIL, Thomas. Le processus empirique de la globalisation et les droits fondamentaux. In PALLARD, Henri; TZITZIS, Stamatios. **La Mondialisation et la question des Droits fondamentaux**.

Aquela civilização descobriu os limites possíveis do globo, ocupando-o, numa palavra, mundializando-se. O que também pode ser referido ao helenismo, principalmente através da visão estratégica militar e de mercado de Alexandre Magno, ao unificar os territórios que pudesse ocupar do Mediterrâneo à Índia. Mas a reflexão mais aturada sobre o termo, permite vincar-lhe variações ideológicas, que se não referem somente à definição do Mundo conhecido. A categoria, portanto, ganha novas conotações, como as que a seguir se referem.

a) Num outro sentido, a Mundialização, facultada por meio das ciências e do conhecimento das técnicas náuticas e pelas explorações marítimas, refletirá a consolidação do mercado e do capitalismo Ocidental, mais propriamente, dos impérios colonizadores, em grande escala. Ao lado disso, pelo menos durante espaços de tempo em parte sobrepostos, contudo em época mais recente, a Revolução Industrial do século XIX iniciada na Grã-Bretanha, alcança Bélgica, França, Prússia, Alemanha; e da Europa passa aos Estados Unidos, Rússia, e, em inícios do século passado, também, chega ao Japão<sup>444</sup>. Aqui se terá um exemplo acabado de como a economia, dotada de determinados elementos característicos e inicialmente impulsionada pelo imperialismo colonizador, medrou em escala planetária, criando vínculos entre continentes geograficamente distantes.

b) Em outro nível do aprofundamento reflexivo, o fenômeno da Mundialização poderá ser constatado no sistema ideológico-político que cria o antagonismo leste-oeste. O Mundo é então ordenado segundo os padrões determinados pelas duas grandes potências, ou, melhor dito, dois líderes do desenvolvimento armamentista e industrial, Estados Unidos e União Soviética. Na zona intermediária ficavam os aliados de um e de outro, especialmente europeus, e na base, estavam os Estados subdesenvolvidos e emergentes, categorizados por

---

Quebec: Presses de l'Université Laval, 2003, p. 24, destaca o fato de autores buscarem uma ancestralidade para os processos de Mundialização em Roma, com o intuito de refutar a atualidade da discussão.

<sup>444</sup> DEFARGES, Philippe Moreau. **A mundialização**. O fim das fronteiras. Tradução de António Moreira Neves. Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p. 28-33. Título original: **La Mondialisation**.

Defarges como “clientes”<sup>445</sup>, ideologizados por meio de doutrinas oficiais impostas por regimes de governo forte, se não ditatoriais, espalhados pela América Latina, África e Ásia. A situação, que durou até 1991, quando ocorre o esfacelamento da estrutura política soviética, dois anos após a queda do Muro de Berlim e a falência do comunismo no leste europeu, permite uma caracterização distinta da outra Mundialização. Aqui, o fenômeno já não será somente um impulso de  *europeização*  do Mundo, mas sua  *ocidentalização*  e, em última análise, a marca do século XX. Ademais, a expressão de domínio não estará fragmentada entre Impérios europeus, mas, se verá dividida entre duas superpotências.

c) Ao tratar do Direito Internacional da solidariedade, Manuel Pureza começa por falar de um cenário do Direito internacional constituído pela Mundialização do sistema de Estados de tradição europeia, que se concretiza na Modernidade. Numa primeira etapa do processo evolutivo, os Estados não europeus vão surgindo pelo impulso descolonizador na América (com as independências das treze colônias inglesas da América, em 1776, do Brasil, em 1822 e das colônias espanholas) e pela expansão imperialista e colonialista do Ocidente, ambos movimentos, no entanto, presididos por critérios de legitimidade definidos pelos Estados europeus<sup>446</sup>. Os novos Estados e as extensões coloniais são, de fato, uma “continuidade da homogeneidade do sistema, articulado sobre idênticas referências culturais e valorativas de matriz europeia.”<sup>447</sup> Mas logo se deu a ampliação do sistema europeu através das relações com povos não cristãos, cuja via foi aberta primeiramente no Tratado Geral da Paz, de 1856, celebrado entre França, Áustria, Grã-Bretanha, Prússia, Rússia, Sardenha e a Porta Otomana (Turquia); e, ainda no correr do século XIX, a repartição da África levada a efeito na Conferência de Berlim, de 26 de fevereiro de 1885, sacramenta a hegemonia dos valores ocidentais. O que é reforçado em tratados entre Estados europeus e

<sup>445</sup> DEFARGES, Philippe Moreau. **A mundialização**. O fim das fronteiras. Tradução de António Moreira Neves. Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p. 10. Título original: **La Mondialisation**.

<sup>446</sup> PUREZA, José Manuel. **O património comum da humanidade**: rumo a um direito internacional da solidariedade? Porto: Edições Afrontamento, 1998, p. 25.

<sup>447</sup> PUREZA, José Manuel. **O património comum da humanidade**: rumo a um direito internacional da solidariedade? Porto: Edições Afrontamento, 1998, p. 26.

Abissínia, Egito, China, Japão, Pérsia, Turquia e Tailândia. Por outras palavras, a existência política das colônias e protetorados e dos Estados localizados fora do eixo europeu, era intrinsecamente dependente do assentimento formal da Europa.

Já a segunda etapa, que se inicia após a Segunda Guerra Mundial, é marcada por dois fundamentais aspectos: em primeiro lugar, pela adesão espontânea de novos Estados a um concerto internacional, que não é determinado por regras de legitimidade impostas pela Europa; em segundo lugar, pela rejeição de critérios de legitimidade seletivos de reconhecimento de novos Estado no sistema de relações entre Estados<sup>448</sup>. Apesar de o movimento de descolonização ter um respaldo mínimo da Carta das Nações Unidas<sup>449</sup>, os arranjos políticos que desembocam na Resolução 1514 (XV), de 14 de dezembro de 1960, são responsáveis por criar um regime normativo paralelo ao da Carta, afirmando o princípio da autodeterminação dos povos<sup>450</sup>, sem prévia apreciação da

<sup>448</sup> PUREZA, José Manuel. **O património comum da humanidade: rumo a um direito internacional da solidariedade?** Porto: Edições Afrontamento, 1998, p. 28.

<sup>449</sup> O art. 76, *b*, dispõe, entre os objetivos das Nações Unidas, o de “fomentar o progresso político, econômico, social e educacional dos habitantes dos territórios sob tutela e o seu desenvolvimento progressivo para alcançar governo próprio ou independência, conforme mais convenha às circunstâncias particulares de cada território e dos seus habitantes e aos desejos livremente expressos dos povos interessados e como for previsto nos termos de cada acordo de tutela.” (**Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/cartonu.htm>>. Acesso em: 21.04.12.) A autodeterminação dos povos esbarrava, portanto, na tutela exercida pelos Impérios colonizadores, sob o suposto de que possuíam, dentre outras condições, mais experiência, para tutelar povos menos desenvolvidos, tudo sob geral consenso da Sociedade das Nações, em regra positivada no art. 22, 1 e 2 de seu Pacto, *in verbis*: 1. Os seguintes princípios serão aplicados às colônias e territórios que, em consequência da guerra, deixaram de estar sob a soberania dos Estados que os governavam precedentemente e que são habitados por povos ainda não capazes de se dirigir, nas condições particularmente difíceis do mundo moderno. O bem-estar e o desenvolvimento desses povos constituem sagrada missão de civilização, e convém incorporar ao presente Pacto garantias para o desempenho de tal missão. 2. O melhor método de se realizar praticamente esse princípio é confiar a tutela desses povos às nações desenvolvidas que, em razão dos seus recursos, da sua experiência ou da sua posição geográfica, sejam as mais indicadas para assumir tal responsabilidade e que consistam em aceitá-la; elas exerceriam essa tutela na qualidade de mandatários e em nome da Sociedade. (**Pacto da Sociedade das Nações**. Disponível em: <[http://advonline.info/vademecum/2008/HTMS/PDFS/INTER/PACTO\\_SOCIEDADE\\_NA\\_\\_ES.PDF](http://advonline.info/vademecum/2008/HTMS/PDFS/INTER/PACTO_SOCIEDADE_NA__ES.PDF)> Acesso em: 21.04.12).

<sup>450</sup> O n.º 2 da Resolução, dispõe: “Todos os povos têm direito à livre determinação; em virtude deste direito, eles determinam livremente seu estatuto político e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.”

Comunidade Internacional nem exigência de requisitos<sup>451</sup>. Este momento de expansão da Comunidade Internacional, contudo, esconde, segundo Manuel Pureza, uma perversidade: os novos Estados surgidos em África e Ásia privilegiam a integridade territorial “relativamente aos direitos (inclusive de secessão) das minorias, das nacionalidades e dos povos indígenas”, ou seja, reproduzem o antigo modelo numa espécie de neocolonialismo.<sup>452</sup>

Mas a sociedade internacional que surgiu a partir da criação do organismo das nações, inicialmente reflexa do modelo ocidental, passa a ter adesão de Estados culturalmente heterogêneos, com o que se opera uma tensão impensável ao tempo do sistema europeu de Mundialização, entre universalização e heterogeneidade. Os muitos problemas ignorados pela Comunidade Internacional, como explosão demográfica, precariedade de meios de subsistência dos povos de Estados periféricos, desequilíbrio ambiental, são agora visíveis e compartilhados em escala mundial<sup>453</sup>. Aqui, portanto, a Mundialização do sistema de Estados faz com que a política e o Direito Internacional a ele inerentes entrecruzem-se com o sistema de Direitos Humanos.

#### 4.1.1 Caracterização conceptual de Mundialização e de seu sistema problemático

Do que foi até agora dito, já se pode tentar uma caracterização conceptual da matéria. Em primeiro lugar, percebe-se que os fenômenos de Mundialização registram movimentos de diversas ordens, podendo mencionar-se, em congruência com isto, o movimento de expansionismo político e

---

<sup>451</sup> O n.º 3 da Resolução, assim dispõe: “A falta de preparação no domínio político, económico ou social ou no campo da educação não devem jamais servir de pretexto para o retardamento da independência.”

<sup>452</sup> PUREZA, José Manuel. **O património comum da humanidade**: rumo a um direito internacional da solidariedade? Porto: Edições Afrontamento, 1998, p. 30.

<sup>453</sup> PUREZA, José Manuel. **O património comum da humanidade**: rumo a um direito internacional da solidariedade? Porto: Edições Afrontamento, 1998, p. 31.

cultural, do capitalismo econômico e da ideologização política. Em segundo lugar, será lícito afirmar que em qualquer dos casos deverá ser destacado o caráter integrador e necessariamente interrelacional criado pela força mundializadora, o que é especialmente sentido nos últimos exemplos de Mundialização neste tópico citados. Em terceiro lugar, apesar de se observarem expressões expansionistas e de integração de povos já na antiguidade, a Mundialização é inequivocamente localizável na Modernidade, quando o tráfego mercantil e de pessoas se torna fluido, ou com tensões superáveis por uma dialética pragmatista fulcrada numa economia de esforço criativo e de autonomia. O clientelismo entre os Estados subdesenvolvidos ou em desenvolvimento e as superpotências dos anos 60 a 80 é prova disso. Por fim, sublinha-se o fato de que a expansão pelo Mundo de aspectos caracterizadores de culturas, políticas ou tendências econômicas, por meio de intentos de dominação ou de pura e simples assimilação por parte de Estados fora do eixo europeu e norteamericano, ao qual se convencionou denominar de Mundialização, não passa, em última análise, de fenômeno humano.

Como fenômeno emergente no meio cultural(-político, -econômico, -jurídico), enfim, fenômeno humano, passa por diversos estágios de desenvolvimento, até atingir o ápice, a partir de onde, com a redução da força de impulsão, declina para o esgotamento vital. Não se pode afirmar, no entanto, que isto significa o exaurimento *tout court* de um modelo de Mundialização, pois muitos de seus traços sobrevivem na superveniente onda em ascendência. Os modelos de Mundialização ocorrem, por isso, de forma sucessiva, mas sem rupturas absolutas, segundo, pode aqui se arriscar o palpite, o modelo teórico de geracionismo orteguiano.

O processo evolutivo dos Direitos Humanos, de acordo com a perspetivação histórica e sua concatenação com o sistema geracionista<sup>454</sup>, autoriza pensá-lo como uma modalidade de Mundialização que, em verdade, poderá atrelar-se às outras, especialmente a que define um sistema internacional

---

<sup>454</sup> Vejam-se capítulos 2 e 3.

de Estados, em razão do seguinte quadro de características:

a) Primeiramente, e para melhor situar o sistema problemático, deve referir-se que a expansão dos Direitos Humanos é fenômeno da Modernidade. Podem perceber-se, em outros períodos históricos, expressões entranhadas culturalmente no direito costumeiro, ou nas primeiras sistematizações normativas, mas sem que haja indicativos suficientes a demonstrarem uma interrelação tendente à preservação da liberdade ou de outros valores éticos comuns à humanidade. Fala-se, v.g., das recíprocas influências entre o direito grego, romano e judaico, na antiguidade, e da precedência do direito visigótico sobre o que se formou na Península Ibérica<sup>455</sup>, no medievo, mas não se pode sustentar que qualquer das culturas jurídicas tenha representado uma força de Mundialização, propagando um leque de princípios de conformação mínima dos Direitos Humanos nos espaços temporais referidos. Nem se pode demonstrar que a Mundialização dos Direitos Humanos se operou em níveis crescentes desde a antiguidade aos nossos dias. Mesmo que se propale uma raiz judaico-cristã da civilização ocidental, não se estará autorizado a afirmar que os princípios humanitários concebidos no direito talmúdico, que proibiam, v.g., a reprimenda exagerada e a execução da pena em intensidade superior da que fosse estipulada na decisão do *Sanhedrim*, façam parte da axiologia moderna; nem tampouco que o princípio de proibição de excesso de pena derive diretamente do direito talmúdico. No entanto, já será aceitável a afirmação de uma expansão política, jurídica e cultural dos Direitos Humanos, em dimensão mundial, a partir da estruturação das Nações Unidas, após a Segunda Guerra Mundial<sup>456</sup>. O concerto político de Estados

---

<sup>455</sup> Para além de Falk, que nos oferece vários exemplos de inter-relacionamento entre os direitos romano, grego e judaico, tendo os judeus adotado a prática da alforria, do direito romano e a *mashkanta* que tem semelhanças com a *hypothèque*, do direito helênico (FALK, Ze'ev W. **O direito talmúdico**. Tradução de Neide Terezinha Moraes Tomei e Esther Handler. São Paulo: Perspectiva, 1988, p. 42-43), Azevedo refere que o direito grego pode ter contribuído para a elaboração da Lei das Doze Tábuas, o direito visigótico, desenvolvido na *Hispania*, escrito em latim e no velho espanhol, já tributário do direito germânico, influenciará o direito português medieval, que adotou o Código Visigótico até meados de século XII (AZEVEDO, Luiz Carlos. **Introdução à História do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 52, 102 e 140).

<sup>456</sup> Ao referir-se sobre o tema, PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 132, afirma ter-se verificado “A necessidade de uma



numa organização internacional que visa à manutenção da paz e à segurança entre todos, além da promoção do respeito aos Direitos Humanos e às liberdades fundamentais, propicia a irradiação de certos valores, princípios e normas.

b) É na Modernidade tardia<sup>457</sup>, com o desenvolvimento tecnológico e científico, estimulando novos meios de comunicação, inclusive pela internet, que virtualmente deixam de existir distâncias espaço-temporais. Antes, as guerras e outras desgraças humanas, por um lado e, as descobertas de terras e o relacionamento entre povos, por outro, eram narrados por historiadores como Tucídides, ou cronistas, como Pero Vaz de Caminha, aqueles, mais tarde, substituídos por correspondentes de guerra, tornando-se os mais célebres de um período turbulento Ernest Hemingway e Robert Capa. As crônicas e materiais jornalísticos chegavam com dificuldade aos olhos dos leitores, que, além do mais, tinham acesso somente ao impressionismo subjetivo dos autores. Em plena década de 1970, pouco se sabia dos conflitos no nordeste africano, entre Etiópia e Somália em torno do enclave do Ogaden<sup>458</sup>. Nos dias atuais, contudo, toma-se

---

ação internacional mais eficaz para a proteção dos Direitos Humanos”, que culminou com a internacionalização desses direitos.

<sup>457</sup> Não há um consenso terminológico sobre como se referir ao atual momento histórico. Sabe-se, no entanto, que a modernidade é o período que sobreveio ao medievo, dando início a um modelo político, social, jurídico e econômico que colide com o anterior, pondo-lhe, por isso, um fecho. Mas não existiu uma fronteira precisa entre os dois períodos. Fala-se, normalmente, de um medievo tardio, quando o modelo caminhava para a exaustão e era confrontado com uma força cultural que se lhe sobrepunha, em parte, como se fosse o esteio para o surgimento da Idade Moderna, a Renascença. Mas, como acertadamente refere COSTA, José de Faria. **Direito penal e globalização**. Reflexões não locais e pouco globais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 23, nota 6, o período de transição não leva uma classificação específica, de forma que, apesar das diferenciações do Renascimento em relação à Idade Média, “nunca ninguém quis definir o tempo renascentista como pós-medieval”. Assim, como tempo de transição que é, o atual não deixa de juntar as características da modernidade, que são confrontadas com os desafios de um período que está por vir. Não significa, ainda, uma drástica ruptura, bastando para confirmar isso o fato de que o modelo econômico continua a ser o do capitalismo, o modelo político não prescinde por completo do Estado-nação, e o direito continua a ser estatal, destinado à organização social de cada Estado. Desta forma, parece coerente com o desenvolvimento metodológico deste trabalho falar-se de uma Modernidade tardia.

<sup>458</sup> Há, de fato, poucas referências a respeito da cruenta guerra travada entre a Somália, do presidente Mohamed Siad Barre, e a Etiópia, de Menghistu Hailé Mariam, em torno do enclave de Ogaden, mas se encontra um relato vigoroso, de quem esteve na zona do conflito, em SABBÁ GUIMARÃES, Newton. **Páginas inquietas**. Idéias políticas e outras inquietações. Manaus: Comissão do Patrimônio Histórico, 1982, p. 115-136. O autor destaca que os ogadenianos pretendiam a separação da Etiópia para se unirem à Somália (p. 117), por estarem identificados étnica, cultural e linguisticamente com os somalis. Mas sua causa não despertou

maior conhecimento e de forma imediata dos fatos ocorrentes em qualquer lugar do Mundo. As pessoas recebem em sua casa, através da televisão por cabo e digital, por telefonia celular e pela internet, informações, em tempo quase real, dos mais diversos fatos mundiais<sup>459</sup>. A primeira guerra do Iraque e Estados Unidos, em 1991, já foi transmitida pelas redes de televisão, assim como a captura do ditador Saddam Hussein em 2003; o Presidente norteamericano Barack Obama acompanhou a operação de invasão da casa do terrorista Osama Bin Laden, que culminou com sua morte (maio de 2011), momentos após divulgada pelas redes de comunicação social para todo o globo; e mais recentemente, as imagens do conflito na Líbia foram conhecidas por todos que estivessem ligados a um dos modernos meios de comunicação, inclusive podendo assistir ao desfecho com a prisão e morte do ditador Muammar Kadhafi, em outubro de 2011.

Se os fatos importantes do Mundo não passam despercebidos, e hoje se tem conhecimento das ameaças contra o planeta e a humanidade, como as agressões à biosfera, a detenção de técnicas de produção de armamento atômico por alguns Estados de regime autocrático, a destruição da mata amazônica e de florestas tropicais, a explosão demográfica, há, como consequência disso, mais conscientização das pessoas em geral, de organismos não governamentais e do sistema internacional de Estados. As Nações Unidas, a propósito de tratar das alterações climáticas, têm promovido discussões sobre a matéria em Conferências, como a da Eco/92,<sup>460</sup> culminando no Protocolo de Kyoto,

---

qualquer interesse do Ocidente. Os norteamericanos apenas prometeram ajuda para a conservação das fronteiras somalis herdadas do colonialismo. E complementa: “Reconhecer as fronteiras legadas pelas metrópoles européias e ignorar o anseio de todo um povo, o ogadeniano, em busca da liberdade, é ir de encontro ao desejo de liberdade de uma nação que tem todas as características para formar um Estado soberano, enfim, é calcar sob os pés o tão debatido princípio da autodeterminação dos povos que parece só existir no papel.” (p. 122). O período era de Guerra Fria e a União Soviética pretendia aumentar o número de Estados socialistas satélites. Sua intervenção para favorecer a Etiópia, no entanto, não chegou a perturbar o Ocidente e a guerra foi regionalizada, mas com a estranha participação de Cuba e dos soviéticos (p. 123).

<sup>459</sup> GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 8. ed. Tradução de Alexandra Figueiredo, Ana Patrícia Duarte Baltazar, Catarina Lorga da Silva, Patrícia Matos, Vasco Gil. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 53. Título original: **Sociology**.

<sup>460</sup> TAMAMES, Ramón. **Un nuevo orden mundial**. La senda crítica de la razón y el gobierno de la humanidad. 3. ed. Madri: Espasa-Calpe, 1992, p. 45-50.

de 1997, que estabeleceu uma série de obrigações sobre a redução de poluentes na atmosfera e, mais recentemente, a Conferência sobre o Clima, de 2009<sup>461</sup>. ONGs vêm tratando de questões problemáticas agudas, como as referidas ao meio ambiente, à saúde, às vítimas de guerras, tendo, pois, “participação ativa no quadro das relações internacionais” de atenção aos Direitos Humanos<sup>462</sup>. Os cidadãos de pontos diversos do Mundo, dos chineses que protestaram na Praça Tiananmen, em 1989, aos muçulmanos que começaram a chamada Primavera Árabe, em 2010, estendendo-se do norte da África ao Oriente Médio, com repercussões no curso de 2012 na Síria, demonstram sua irresignação com governos repressivos e o desejo de mudanças políticas, que envolvem, por óbvio, a concessão de maiores espaços de liberdade civil.

Ao tratar-se, no entanto, da Mundialização dos Direitos Humanos, que se concretiza mais pelas vias formais da política da comunidade de Estados, do que pela participação de mecanismos não formais (como ONGs), é natural que se suscitem alguns questionamentos, que guardam paralelismo com os problemas observados em outras modalidades de Mundialização, os quais podem ser descritos, de modo a guardarem correspondência com a caracterização acima referida, da seguinte maneira:

a.1) Dentro da delimitação histórica referida, a Mundialização dos Direitos Humanos é fenômeno da Modernidade, surgido após os flagelos humanos ocorridos nomeadamente na Europa. Seu substrato moral será, então, a irradiação dos valores europeus, uma nova expressão de eurocentrismo, ou representará o convencimento consciencioso de toda a Comunidade Internacional?

---

<sup>461</sup> CRUZ, Paulo Márcio, BODNAR, Zenildo. O clima como necessidade de governança transnacional: reflexões após Copenhague 2009. In SILVEIRA, Alessandra (org.). **Direito da União Europeia e transnacionalidade**. Lisboa: *Quid Iuris?*, 2010, p. 371-385. Os autores destacam a sensibilização global para o problema do clima, que já reivindica tratamento com não apenas pelos mecanismos do direito internacional, mas por ações políticas e jurídicas efetivadas em espaço transnacional.

<sup>462</sup> LIMA, Vera Lúcia de. **Reconstrução dos Direitos Humanos em tempo de globalização**. Dissertação de Mestrado em Economia apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2007, p. 25.

a.2) Se se levar em consideração, por outro lado, que o concerto mundial concretizado na ONU foi capitaneado pelos aliados que derrotaram os regimes nazista e fascista, estar-se-á diante de uma expressão de domínio hegemônico que mais internacionaliza a ideia de Direitos Humanos do que a promove em nível mundial? Neste caso, os mecanismos de garantia e respeito aos Direitos Humanos serão eficazes ou estarão a serviço de interesses políticos das potências?

b.1) O sistema engendrado em 1945 será suficiente para a tutela dos Direitos Humanos, após as grandes transformações (tecnológicas, científicas, políticas, econômicas e jurídicas) vivenciadas na Modernidade tardia?

Os problemas aqui enunciados, apenas em termos esquemáticos, serão tratados neste e nos demais capítulos. É necessário, antes de mais, perspectivar uma via ontológico-antropológica para mediar o problema da Mundialização dos Direitos Humanos, que é posta no desenvolvimento discursivo em torno do embate entre universalismo e relativismo cultural. A partir do que se passará a tratar dos dois grupos problemáticos e, nos capítulos seguintes, das aproximações resolutivas e de uma proposta de uma política transnacional de Direitos Humanos.

#### 4.2 O homem como ser ambíguo a viver em muitos mundos e as dificuldades de localização do *punctum* fundamental da humanidade. Há hipóteses para a Mundialização dos Direitos Humanos?

Ao tratar das preocupações cruciais da antropologia relacionadas com o método científico, Lévi-Strauss menciona que para a identificação objetiva de aspectos que se prestem à caracterização do homem, há a necessidade de o estudioso formular hipóteses válidas não apenas para ele que

logrou abstrair-se de seus valores pessoais, mas para todos os observadores possíveis. Além do mais, este ramo da ciência deverá ambicionar um sentido de totalidade, que só é possível quando encontra no objeto de suas investigações *propriedades invariantes*, manifestadas nos mais diversos gêneros de vida social<sup>463</sup>. As dificuldades inerentes a este aspecto das investigações antropológicas, no entanto, crescem na mesma proporção em que se percebem os inumeráveis determinismos, especialmente os surgidos na modernidade, que afetam a vida em sociedade. Essas situações conduzem à colheita de falsos elementos de regularidade. Basta pensar-se na explosão demográfica, no rareamento de recursos naturais e na complexidade dos meios de comunicação, como ordens deterministas de comportamento, que se interpõem entre o antropólogo e o objeto de investigação, como é a procura de expressões humanas de autenticidade<sup>464</sup>. Isto só por si já é suficiente para se depreenderem as dificuldades de identificação, do ponto de vista da antropologia, dos aspectos seminais da humanidade, aqueles que se poderiam considerar como seu fio condutor.

Pode dizer-se que o eixo central das reflexões de Lévi-Strauss em **A antropologia face aos problemas do mundo moderno** refere-se ao que aqui se denominará, com inspiração em Luhmann, de Entorno Fragmentário da Sociedade Moderna. Este Entorno é representado como uma espessa membrana constituída de várias situações criadas ao longo da Modernidade, a recobrir o sistema social. A comunidade de comunicações, que é o sistema social, não dialoga com o Entorno, mas é de alguma forma afetada por ela devido às porosidades de sua superfície. Também o antropólogo, ao procurar os traços

---

<sup>463</sup> LÉVI-STRAUSS, Claude. **A antropologia face aos problemas do mundo moderno**. Tradução de Pedro Vidal. Maia: Círculo de Leitores, 2012, p. 44-46. Título original: **L'Anthropologie face aux problèmes du monde moderne**.

<sup>464</sup> Não é por outro motivo que os antropólogos procuram as expressões de autenticidade entre representantes de culturas tradicionais – equivocadamente entendidas, até há pouco tempo, como pertencentes a povos primitivos (LÉVI-STRAUSS, Claude. **A antropologia face aos problemas do mundo moderno**. Tradução de Pedro Vidal. Maia: Círculo de Leitores, 2012, p. 33. Título original: **L'Anthropologie face aux problèmes du monde moderne**). Por outras palavras, se se pretende encontrar os aspectos seminais da humanidade, ainda presentes contemporaneamente, melhor evitem-se as situações comprometedoras, como as referidas.

etiológicos da humanidade, pode ser afetado por aquilo que envolve a sociedade moderna, uma vez que as situações problemáticas constituintes da Modernidade acabam por imiscuir-se no entendimento de todo o processo civilizacional, diluindo, v.g., o princípio reitor da univocidade da espécie humana proclamado desde o estoicismo, passando pelo pensamento de São Paulo e pela teologia cristã, pelo humanismo, pelo idealismo kantista etc.

Na Modernidade, segundo aqui se entende, o homem ocidental torna-se *persona*, e conquista um padrão de individualidade inimaginável ao tempo em que sua vida era essencialmente gregária. Os apertados laços estabelecidos entre os integrantes dos grupos humanos, que davam coesão à grei, à tribo, tenderam a solver-se, provocando o distanciamento entre os homens. Mais que isso: o homem torna-se cidadão com prerrogativas de proteção de sua individualidade, oponíveis, inclusive, aos poderes instituídos. A política praticada na *ágora*, em nada se assemelha com as manifestações democráticas modernas; o *Blutrache* do direito germânico e mesmo as guerras judiciais do direito medieval português, não possuem um único elemento em comum com a realização do direito sob o monopólio do Estado moderno; a polícia de costumes tem cada vez menos força e as padronizações morais estão vedadas para as sociedades ocidentais ditas pluralistas, nenhuma delas absolutamente ignorante em relação ao princípio da tolerância, que é tratado desde o enciclopedismo. Mas Lévi-Strauss acrescentaria um outro conjunto de características da Modernidade, que conferem à civilização ocidental um apodo de certa forma ambíguo e perturbador: “civilização do progresso”<sup>465</sup>. Com efeito, a ciência e as técnicas em evolução ininterrupta, garantidoras de poder e felicidade; as instituições políticas surgidas em fins do século XVIII e a filosofia que lhes deu suporte entronizando as liberdades, são parte das vias abertas para um promissor período de desenvolvimento; mas as previsões otimistas aí alicerçadas são embotadas por alguns dos mais emblemáticos acontecimentos do século passado, bastando referirem-se as

---

<sup>465</sup> LÉVI-STRAUSS, Claude. **A antropologia face aos problemas do mundo moderno**. Tradução de Pedro Vidal. Maia: Círculo de Leitores, 2012, p. 16. Título original: **L’Anthropologie face aux problèmes du monde moderne**

Grandes Guerras Mundiais e as ideologias totalitárias. O que demonstra não só a fragilidade do termo *progresso* e a impossibilidade de um seu reducionismo semântico, mas o percorrer errático da existência humana. É no exame desse quadro que o Professor do Collège de France ao final se interroga sobre a idoneidade do patrimônio da Modernidade para a promoção de soluções para os problemas implícitos à própria condição humana<sup>466</sup>. E daqui, do bosquejo em traços ligeiros deste período histórico, também se poderiam arrancar outros questionamentos, que se entrelaçam com aquela espiral fenomênica: se os contrastes da Modernidade permitiram evidenciar a propensão humana para a individualidade e as tensões contrárias ao dirigismo (estatal, moral), que coincidem com menor índice de coesão comunitária, *ipso facto*, com distanciamento entre os homens, haverá hipótese de os Direitos Humanos tornarem-se emblema de toda a humanidade? O pluralismo cultural, que se remete à variedade de concepções humanas, estabelecendo códigos identitários morais e religiosos para grupos distintos de pessoas, mais condizente com as teorias relativistas do que com as universalistas, pode ser sublimado em nome de uma proposta ética ou pragmática de Direitos Humanos para a humanidade? Para além das fronteiras ocidentais, é possível encontrarem-se traços etiológico-culturais que assimilem os Direitos Humanos padronizáveis (ou amoldáveis) para toda a humanidade?

Se as especulações antropológicas<sup>467</sup> não se prestam, num primeiro nível de abordagem aos problemas aqui propostos, a demonstrar a aptidão dos homens ao compartilhamento de certos interesses independentemente de barreiras culturais, pelo menos evidenciam a dificuldade de localização do *punctum* fundamental da hominidade. Por outras palavras, suas asserções põem mais em evidência o aspecto multifacetado do ser humano, enfatizado pela diversidade cultural, do que os pontos de contacto entre os homens no plano existencial. Esta premissa torna-se indesmentível quando se demonstra, pelo

<sup>466</sup> LÉVI-STRAUSS, Claude. **A antropologia face aos problemas do mundo moderno**. Tradução de Pedro Vidal. Maia: Círculo de Leitores, 2012, p. 16-17. Título original: **L'Anthropologie face aux problèmes du monde moderne**

<sup>467</sup> Está-se a referir, obviamente, à antropologia cultural, muito em voga na primeira quadra do século XX, ou à estruturalista, fundada por Lévi-Strauss, não à etnologia, de fins do século XIX.

simples cotejo de localismos culturais dentro de um mesmo Estado ocidental, as divergências de concepções de vida. Tome-se como exemplo as frequentes rugas entre os bascos e os demais espanhóis, que ultrapassam a questão do nacionalismo entranhada na luta separatista daqueles. Mesmo que se apelem para aspectos de uma ancestralidade comum, como se pode referir em relação aos povos semitas, encontrar-se-á uma distância abissal entre palestinos e judeus, especialmente no que concerne à vocação para assimilação de princípios dos Direitos Humanos, e não sem razão Pojman fala de uma cultura do fundamentalismo islâmico que, como no outro exemplo, ultrapassa os programas nacionalistas, para fomentar a *jihad* contra a generalidade dos modos de vida não muçulmanos<sup>468</sup>. Quando a comparação é com o Ocidente, o contraste é bem maior, ainda que se perspetive a hipótese de um esforço político para a mitigação do abismo entre as civilizações, como é exemplo disso a Declaração dos Direitos Humanos no Islã, de 1981. Nela, considera Höffe, não há oposição à desigualdade entre homem e mulher, e só de forma insuficiente encontram-se algumas manifestações a respeito da liberdade religiosa e contra os castigos corporais<sup>469</sup>, sobressaindo de seu cotejo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos as diferenças de concepções.

Há, claro, muito ceticismo em torno da possibilidade de desfazer-se a multiplicidade de visões de Mundo para se construir uma História

---

<sup>468</sup> POJMAN, Louis. **Terrorismo, Direitos Humanos e a apologia do governo mundial**. Tradução de Célia Teixeira. Lisboa: Bizâncio, 2007, p. 29-31. Título original: **Terrorism, human rights, and the case for world government**. Deve destacar-se que o fundamentalismo não é especificidade dos palestinos, nem se restringe à sua luta contra Israel. O autor lembra que a *jihad* é mais que a guerra do islã contra o Ocidente, mas é a aberta oposição contra os valores que lhe são contrastantes. Vem tomando dimensão mundial em ataques terroristas, com sacrifício de inúmeras vidas, no Líbano, onde se luta contra os maronitas; em Israel, contra os judeus; na Nigéria, contra católicos e protestantes; na Somália e no Sudão, contra cristãos evangélicos; na Etiópia, contra cristãos coptas; no Báltico e região da antiga União Soviética, contra cristãos ortodoxos; no Paquistão, contra a minoria cristã; na Indonésia, contra os cristãos timorenses; na Europa e América, contra judeus, cristãos e secularistas. É equivocado, frise-se, afirmar que a civilização muçulmana é essencialmente aguerrida, mas também não se pode descurar que seus líderes nunca emitiram nenhum *fatwa* contra os terroristas fundamentalistas (POJMAN, Louis. **Terrorismo, Direitos Humanos e a apologia do governo mundial**, cit., p. 55).

<sup>469</sup> HÖFFE, Otfried. **Derecho intercultural**. Tradução ao espanhol de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 174-175.



sem fronteiras e desavenças. Um Spengler, v.g., chega ao paroxismo quando trata da questão das diferenças culturais, sustentando que as categorias do pensamento ocidental são inacessíveis ao pensamento russo<sup>470</sup>. Heller, por seu turno, ao preconizar uma base epistemológica para a teoria do Estado como unidade, deixa entreditas as dificuldades para a concepção de um organismo político genesicamente pluricultural, uma vez que o elemento moral formador do ente político decorre dos “agrupamentos de vontade”, só possíveis onde houver vinculação cultural entre os integrantes da comunidade<sup>471</sup>; o que significa dizer, *a fortiori*, que as diferenças culturais impedem as convergências políticas. Mas, também, por outro lado, há quem, a exemplo de Popper, não condescenda com a ideia de enclaustramento das possibilidades humanas em contextos culturais e, mesmo percebendo os choques resultantes das aproximações entre culturas, rejeite o relativismo metodológico dos que negam as vias para conciliação, atitude esta que, a seu ver configura o “irracionalismo moderno”<sup>472</sup>.

No âmbito específico do tema aqui abordado, a situação não é igualmente pacífica. As divergências arraigam-se no dilema sobre as vias políticas possíveis para a Mundialização dos Direitos Humanos positivados, e transparecem no debate que é travado por duas vertentes principais de teóricos. Avultam, por um lado, os céticos, *grosso modo* teóricos Relativistas e, por outro, os que se filiam a uma ética do modelo kantista, que são pensadores Universalistas. No entanto, para

---

<sup>470</sup> SPENGLER, Oswald. **La decadencia de occidente**. Bosquejo de una morfología de la historia universal. Tradução para o espanhol de Manuel G. Morente. Madri: Espasa-Calpe, 1958, p. 73, refere, no trecho, o seguinte: “Las categorías del pensamiento occidental son tan inaccesibles al pensamiento ruso como las del griego al nuestro. Una inteligencia verdadera, íntegra, de los términos antiguos es para nosotros tan imposible como los términos rusos o hindúes para el chino o el árabe moderno cuyos dialectos son muy diferentes del nuestro, la filosofía de Bacon o Kant tienen el valor de una simple curiosidad. He aquí lo que le falta al pensador occidental y lo que no debería faltarle precisamente a él: *la comprensión de sus conclusiones tiene un carácter histórico-relativo que no son sino la expresión de un modo singular y sólo de él*” (o destaque não aparece no original).

<sup>471</sup> HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 121. Título original: **Staatslehre**. Sobre a matéria, cf. SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. Novos paradigmas político-sociais e a crise de conceitos: há futuro para uma teoria do Estado? In PASOLD, Cesar Luiz (org.). **Primeiros ensaios de teoria do Estado e da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 53-71.

<sup>472</sup> POPPER, Karl. **O mito do contexto**. Em defesa da ciência e da racionalidade. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 67-113. Título original: **The myth of the framework**.

o efeito de compreensão metodológica do objeto de estudo tratado neste capítulo, entende-se possível escapar à divisão bipartida normalmente comentada pelos estudiosos<sup>473</sup>, apresentando-se uma terceira via, aqui denominada de Consensual<sup>474</sup>, na qual militam pensadores contemporâneos que procuram abrandar o absolutismo de ideias, fulcrando seu entendimento na dialética do consenso.

#### 4.2.1 Concepções Universalistas sobre Direitos Humanos

As ideias universalistas estão enraizadas na civilização ocidental desde o medievo, encontrando seu étimo na antiguidade greco-romana. Podem destacar-se neste sentido, desde logo, as bases do pensamento estóico, que preconizaram o cosmopolitismo<sup>475</sup>. O que, na prática, se verifica com a expansão do Império Romano, assegurada pela imposição de sua *Pax* aos territórios que puderam ser alcançados pelas legiões, desde o Mediterrâneo às regiões mais ao Ocidente da Europa, incluindo a Península Ibérica, indo até o continente africano. O advento do cristianismo e a defesa de seu universalismo,

---

<sup>473</sup> SEBRELI, Juan José. **El asedio a la modernidad**. Crítica del relativismo cultural. Barcelona: Editorial Ariel, 1992, cria uma metodologia de comparação entre constatações antropológicas e fatos históricos para, por um lado, arrimar uma posição universalista e, por outro, refutar o relativismo cultural. REHMAN, Javaid. **International human rights law**. A practical approach. Edimburgo: Pearson Education, 2003, p. 5-6, fala dos aspectos culturais geralmente invocados por parte dos estudiosos, que levam ao tratamento dos Direitos Humanos segundo critérios universalistas e regionais. Entre os autores brasileiros que tratam da matéria, destaca-se PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais, europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 16-20.

<sup>474</sup> Há, atualmente, farta literatura acerca dessa terceira via teórica, podendo-se citar APEL, Karl-Otto. **La globalización y una ética de la responsabilidad**: reflexiones acerca de la globalización. Tradução ao espanhol de Ricardo Maliandi. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2007; BOOTH, Ken. *Three tyrannies*. In DUNNE, Tim; WHEELER, J. Nicholas. **Human rights in global politics**. UK: Cambridge University Press, 1999, p. 31-70; PAREKH, Bhikhu. *Non-ethnocentric universalism*. In DUNNE, Tim; WHEELER, J. Nicholas. **Human rights in global politics**. UK: Cambridge University Press, 1999, p. 128-159; HÖFFE, Otfried. **Derecho intercultural**. Tradução ao espanhol de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000, *maxime* p. 165 e ss.; ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. **Relativismo cultural versus Universalismo ético**. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1822/8734>>. Acesso em: 05.03.12.

<sup>475</sup> SEBRELI, Juan José. **El asedio a la modernidad**. Crítica del relativismo cultural. Barcelona: Editorial Ariel, 1992, p. 27.

inclusive pela indisfarçável propaganda dos primeiros cristãos, como Paulo, e pela patrística, destacando-se a obra de S. Agostinho, que pretende demonstrar a superioridade do Deus único sobre os deuses romanos e evangelizar os povos do Mundo, é uma outra via universalista que só encontrou limite na Reforma. A essas manifestações, Sebreli acrescenta o intento unificador das diversas regiões da Europa central por Carlos Magno, constituindo-se o Império Carolíngio, e, posteriormente, o período das descobertas transoceânicas dominadas pelos impérios colonizadores, tudo a demonstrar a “vocação universalista” dos europeus<sup>476</sup>.

Ao tratar desta matéria, Sebreli cogita não apenas as fontes filosóficas e históricas de universalismo, mas, também, as antropológicas. Mergulha, por isso, no passado pré-histórico do ser humano, antes das divisões raciais e culturais e sustenta a existência de uma língua adâmica<sup>477</sup>, a que terá dado origem à variedade linguística; menciona as reações anímicas, como as que decorrem da alegria, da tristeza, do desejo sexual, da fome, que exprimem estados emocionais, volitivos e intelectuais, compreensíveis entre todos os homens; não se esquecendo de mencionar que inventos, descobertas e instituições civis encontram similitudes em distintas raças e continentes e em várias épocas, tudo a afiançar que “hay un mismo desarrollo mental en todos los individuos del género humano”<sup>478</sup>. É com base nisso que afirma a dificuldade de encontrar-se a originalidade absoluta num grupo humano<sup>479</sup>, e que o relativismo preconizado por filósofos, desde Herder e Schelling a Ortega y Gasset e Foucault; por historiadores do estalão de Spengler e Tonybee e pela antropologia surgida após a Segunda Guerra Mundial, de Malinowsky ao estruturalismo de Lévi-Strauss, desembocam,

<sup>476</sup> SEBRELI, Juan José. **El asedio a la modernidad**. Crítica del relativismo cultural. Barcelona: Editorial Ariel, 1992, p. 28.

<sup>477</sup> ECO, Umberto. **A busca da língua perfeita**. 2. ed. Tradução de Antonio Angonese. Bauru: EDUSC, 2002. Título original: **La ricerca della lingua perfetta nella cultura europea**, faz abrangente estudo acerca da matéria no capítulo 1, mas ajuda a desmistificar a existência de uma língua originária e primeira em relação a outras.

<sup>478</sup> SEBRELI, Juan José. **El asedio a la modernidad**. Crítica del relativismo cultural. Barcelona: Editorial Ariel, 1992, p. 24.

<sup>479</sup> SEBRELI, Juan José. **El asedio a la modernidad**. Crítica del relativismo cultural. Barcelona: Editorial Ariel, 1992, p. 25.

em realidade, no culturalismo – em grande medida admitido pela UNESCO –, que terá extensões nas teorias nacionalistas extremadas, como a do nazismo e fascismo, e nas pretensões de superioridade racial<sup>480</sup>.

Mas mais que os aspectos antropológicos e históricos a permitirem supor-se um universalismo, a filosofia iluminista e certas ideologias políticas modernas criaram um ambiente propício não para a concepção do homem como ser originalmente universal, mas para o engendramento de um cosmopolitismo ideal. Por um lado, a *intelligentsia* de fins do século XVIII, animada pela redescoberta da dignidade do homem<sup>481</sup>, proclama uma natureza humana e os atributos que lhe são inerentes, como o direito à vida e à liberdade; por outro lado, e como consequência da condição determinista de igualdade natural, num primeiro momento faculta-se hospitalidade ao estrangeiro, reduzindo-se as diferenças e hostilidades, para, depois, em outro nível de amadurecimento, instituir-se um governo republicano para o Mundo – o governo mundial. Tudo isto é cimentado por uma concepção moral de ruptura com os paradigmas filosóficos anteriores ao Século das Luzes, havendo, *v.g.*, um Kant que em vez de meditar sobre o conceito do bom ou da felicidade, de todo em todo variável e condizente com uma multiplicidade de concepções, trata do dever<sup>482</sup>, somente sondável por meio de imperativos categóricos que compõem a legislação universal.

Já os passos político-jurídicos iniciais em direção a esse universalismo foram dados há mais de dois séculos com os *Bills of rights* norteamericanos e a *Déclaration des Droits* francesa, que impulsionaram a primeira onda de constitucionalização, a qual se propagou não apenas pelo Ocidente – a

<sup>480</sup> SEBRELI, Juan José. **El asedio a la modernidad**. Crítica del relativismo cultural. Barcelona: Editorial Ariel, 1992, p. 29-61.

<sup>481</sup> Deixe-se aqui assente o fato de que o antropocentrismo não foi filão exclusivo do Iluminismo, nas suas diversas vertentes, destacando-se o francês, o alemão e o judeu – a *Haskalah* (השכלה) –, mas era o *leitmotiv* no humanismo Renascentista; e que antes, a preocupação com a dignidade da pessoa humana podia ser localizada, *v.g.*, no **Talmud** e nos escritos de Paulo. Mas é na modernidade que o tema ganha maiores dimensões.

<sup>482</sup> FAGOT-LARGEAULT, Anne. Sobre o que basear filosoficamente um universalismo jurídico? In CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Crimes internacionais e jurisdições internacionais**. Tradução de Silvio Antunha. Barueri: Manoel, 2004, p. 97.

Europa continental –, mas pelos Estados da América Latina. Para além dos direitos de liberdade, inscritos em Constituições de Estados sem o menor vínculo de afinidade com as culturas anglo-americana e francesa, instituíram-se garantias que, se não encontram similares na experiência jurídica ocidental, acabam por ter alcance mais alargado, suprimindo a falta de alguns instrumentos jusconstitucionais, como o do direito à resistência. É o caso do *habeas corpus* brasileiro, incorporado ao rol de garantias desde a primeira Constituição republicana, que foi moldado pela doutrina nacional e ganhou uma dimensão não conhecida nos Estados Unidos ou na Grã-Bretanha, mas que encontra ressonância no seu congênere peruano e na garantia de *amparo*, do direito constitucional mexicano, que se presta a proteger direitos individuais – os direitos de liberdade – e os sociais<sup>483</sup>.

Deve ressaltar-se, além do mais, o apelo para uma racionalidade pragmática, que vem orientando, apesar das inconsistências e de todas falhas apontadas por Zolo<sup>484</sup>, políticas internacionais para a paz mundial, que ou se arrimam na “caridade cristã” e na “fraternidade indissolúvel” entre os povos, expressões mencionadas nos documentos da Santa Aliança, formada por Áustria, Grã-Bretanha, Prússia e Rússia, após a derrota de Napoleão; ou no desejo puro e simples de obterem-se condições essenciais para a concórdia entre os povos, como se depreendia dos fundamentos da Sociedade das Nações. Mais modernamente, após as perdas humanas causadas pela Segunda Guerra Mundial, dá-se a criação da Organização das Nações Unidas, que é regida, segundo se depreende do Preâmbulo de sua Carta fundamental, por valores declarados universais, como a “dignidade” e o “valor do ser humano”, a “igualdade de direito dos homens e das mulheres”, que fortificam o exposto objetivo de se “promover e estimular o respeito aos Direitos Humanos e às liberdades fundamentais” (art. 1º, 3), por meio da cooperação internacional.

---

<sup>483</sup> SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Habeas corpus**: críticas e perspectivas (um contributo para o entendimento da liberdade e de sua garantia à luz do direito constitucional). 3. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2009, p. 129-139.

<sup>484</sup> ZOLO, Danilo. **Cosmópolis**. Perspectivas y riesgos de un gobierno mundial. Tradução para o espanhol de Rafael Grasa e Francesc Serra. Barcelona: Paidós, 2000, p. 29-48. Título original: **Cosmopolis**.

As diferenças culturais são um empecilho para a concretização desse ideário não desconhecido pelos universalistas. Pojman fala, claramente, do *choque de civilizações*<sup>485</sup>, no entanto parte dos pressupostos kantistas para uma paz perpétua mundial, acentuando a força moral que existe em torno da implementação dos Direitos Humanos, que tanto anima a liderança de Nelson Mandela, na África do Sul, quanto os estudantes chineses que se postaram diante de tanques de guerra na Praça Tiananmen, em 1989. E completa afirmando que “Os ideais dos direitos humanos inspiraram os Russos a derrubar o regime comunista na antiga União Soviética, em 1991, e os alemães a derrubarem o Muro de Berlim em 1989.” São os ideais de Direitos Humanos que dão sustentáculo a agências humanitárias como a Oxfam, Friends World Service, Médicos Sem Fronteiras e a World Vision, que ajudam pessoas necessitadas do Mundo subdesenvolvido<sup>486</sup>. Por outras palavras, entende que essa força moral não escolhe território ou cultura, mas está, se não em movimento, subjacente à existência moral e deve ser estimulada por “Um processo educativo que imprima normas universais nas pessoas de todo o mundo.”<sup>487</sup>

O conjunto de fatos e ideias aqui descrito – desde as constatações antropológicas e históricas, passando pelo ideário cosmopolita, arrimado em certas leis éticas impostas como imperativos categóricos, à observação de fatos ocorridos em povos de distintas civilizações, que, no entanto, apresentam semelhante fundamento ontológico –, põe em relevo alguns aspectos elementares inerentes ao universalismo, que Peces-Barba sistematiza de forma metódica, visando à planificação da Mundialização dos Direitos Humanos. O constitucionalista espanhol sintetiza a pretensão de universalidade concebida pelo

---

<sup>485</sup> POJMAN, Louis. **Terrorismo, Direitos Humanos e a apologia do governo mundial**. Tradução de Célia Teixeira. Lisboa: Bizâncio, 2007, p. 29. Título original: **Terrorism, human rights, and the case for world government**.

<sup>486</sup> POJMAN, Louis. **Terrorismo, Direitos Humanos e a apologia do governo mundial**. Tradução de Célia Teixeira. Lisboa: Bizâncio, 2007, p. 120. Título original: **Terrorism, human rights, and the case for world government**.

<sup>487</sup> POJMAN, Louis. **Terrorismo, Direitos Humanos e a apologia do governo mundial**. Tradução de Célia Teixeira. Lisboa: Bizâncio, 2007, p. 59. Título original: **Terrorism, human rights, and the case for world government**.

humanismo laico da ilustração<sup>488</sup>, e pela própria filosofia jusracionalista, que vai impregnada nas Declarações de Direitos de fins do século XVIII, preconizando uma universalidade racional em três níveis: a) num plano de racionalidade e abstração, “congruentes con esa titularidad de todos los hombres e con pretensión de validez general de los criterios de moralidad, contenidos en los derechos”; b) no plano temporal, uma vez que “la universalidad de los derechos supone que tienen un carácter racional y abstracto al margen del tiempo y válidos para cualquier momento de la historia”; c) no plano espacial, porque a universalidade implicará a “extensión de la cultura de los derechos humanos a todas las sociedades políticas sin excepción.” A delimitação conceptual de cada um desses planos só se torna possível, neste arranjo metodológico, na medida em que se situar a problemática a eles inerente no âmbito da razão (relativamente ao primeiro), no da História (quanto ao segundo) e no da cultura e do cosmopolitismo (quanto ao terceiro).<sup>489</sup>

A tese do universalismo racional indicará, refere resumidamente Peces-Barba apoiando-se em Francisco Laporta, que bastará a condição de ser-se humano para que se tenha a titularidade dos Direitos Humanos. Estes não se localizam no âmbito do direito positivo, pois que o regramento suporia a contextualização e particularização de acordo com cada sistema jurídico. Desta forma, seu âmbito será o da ética e, portanto, estará desvinculado de aspectos culturais, religiosos e de instituições éticas concretas. Isto leva a reconhecer que os seres humanos são agentes morais em favor de uma ética comum e geral. Este estado compreensivo dos Direitos Humanos exigirá um alto grau de abstração na sua formulação e a não cogitação de um cenário concreto<sup>490</sup>.

No plano temporal, os Direitos Humanos, compreendidos segundo um critério de validade para todos os tempos, deverão situar-se acima da

---

<sup>488</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. Teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 297.

<sup>489</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. Teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 299.

<sup>490</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. Teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 300-301.

História. Desta forma, a universalidade temporal “reduce el factor histórico hasta hacerlo irrelevante, porque los derechos son de todos los tiempos.”<sup>491</sup>

Se o âmbito de discussões em torno dos dois primeiros planos da universalidade racional é, atualmente, de interesse teórico e doutrinário, o plano espacial insere-se, no entender de Peces-Barba, na prática política que visa estender os Direitos Humanos por todas as partes do Mundo, independentemente de diferenças regionais e culturais, tanto por meio das iniciativas de regionalização (com as Convenções europeia e americana de Direitos Humanos e a Carta Africana dos Direitos Humanos), como pela Mundialização promovida pelas Nações Unidas. O professor da Universidad Carlos III não desconhece, contudo, os argumentos contrários à pretensão de universalidade, inclusive o de que ela mais serve aos propósitos hegemônicos do Ocidente – de realizar-se uma ocidentalização de todo o Mundo, inclusive por meio do neoliberalismo, cuja dinâmica econômica e cultural faz prolongar a dependência econômica dos Estados subdesenvolvidos<sup>492</sup> –, do que à proteção do homem no plano fático e de forma concreta; e esgrime com eles invocando a ideia da unidade da condição humana e uma universalidade humanista sobre os fins morais do homem<sup>493</sup>.

Às críticas dirigidas ao alto grau de abstração e generalidade das normas, exigindo correção positivista que distingue direito de moral; contra o caráter atemporal, recorrendo à correção histórica que evidenciará a variabilidade da concepção de direitos; e contra a universalidade espacial, por meio de notas realistas sobre diferenças culturais, sociais e econômicas, Peces-Barba contra-argumenta com a afirmação de que a universalidade deve “plantearse desde la

---

<sup>491</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. Teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 302.

<sup>492</sup> LUCAS MARTÍN, Francisco Javier de. **El desafío de las fronteras**. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural. Madrid: Ediciones Temas de Hoy, 1994, p. 60-61.

<sup>493</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. Teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 308.



moralidad [...] desde las pretensiones morales justificadas que se convierten en derechos, cuando se positivizan.”<sup>494</sup>

Com efeito, entende que os ataques feitos contra o universalismo resumem-se a uma “disputa verbal”, para estabelecer um sentido ou outro para o termo *direitos*. Reconhece, no entanto, uma discrepância de fundo, uma vez que as pretensões morais que são o substrato de cada direito, “tienen un carácter histórico que aparece cuando surge la necesidad, o cuando el progreso técnico lo permite.”<sup>495</sup> Seguindo-se a tese de Peces-Barba, poder-se-á dizer que a cada momento histórico, a cada nível existencial dos seres humanos, haverá um substrato moral a justificar os direitos que surgem. Não por outra razão que a pretensão moral que conduz à liberdade de imprensa só terá sido factível a partir da técnica que consolida a veiculação de ideias, fatos etc., entre os séculos XVIII e XIX; e a especificação dos Direitos Humanos para que se refiram à mulher, à criança, ao idoso, ao consumidor, parte da compreensão de que as normas destinadas ao homem abstrato não são suficientes<sup>496</sup>.

Mas para legitimar-se a concepção de uma universalidade *a priori* - que se localiza no plano da racionalidade —, há de se ascender das pretensões morais concretas a um nível de moralidade genérica, que diga respeito ao conjunto dos Direitos Humanos. Esse nível de generalidade está presente na moralidade básica dos direitos, que corresponde à ideia de dignidade da pessoa humana e dos valores de liberdade, segurança, igualdade e solidariedade, que de alguma forma são perceptíveis ao longo da história da cultura. Peces-Barba arremata sua ideia, kantianamente, afirmando que “La universalidad se formula desde la vocación moral única de todos los hombres, que deben ser considerados

---

<sup>494</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. Teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 310-311.

<sup>495</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. Teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 311.

<sup>496</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. Teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 311.

como fines y no como medios y que deben tener unas condiciones de vida social que les permita libremente elegir sus planes de vida (...)»<sup>497</sup>.

#### 4.2.2 Concepções Relativistas sobre Direitos Humanos

Em seu livro **Les droits de l'homme** (1978), Mourgeon centra a questão problemática da matéria na relação entre Poder e Pessoa, em linhas esquemáticas não divergentes do que anteriormente havia escrito Hauriou. Tal como o constitucionalista compatriota, descreve as tensões inerentes a essa relação – tanto mais se se levar em consideração que a necessidade de liberdade “est aussi congénital à l'homme que celui du Pouvoir”<sup>498</sup> – e, mais que isso, declara a perenidade dos problemas aí localizáveis. Em outro nível de análise, quando, no entanto, transpõe a situação do Estado individuado para a coletividade do cenário da sociedade internacional, os problemas são elevados a uma categoria de maior complexidade. À altura em que escrevera o trabalho, o professor da Universidade de Toulouse via em seu horizonte cento setenta e cinco Estados, dos quais dois terços não tinham mais que 35 anos de existência<sup>499</sup>, muitos recém descolonizados (basta lembrarem-se dos Estados criados em África, como Argélia, Tunísia e Djibuti, ex-colônias francesas que adquiriram independência entre 1956 e 1977; das colônias portuguesas, Moçambique, Angola, Cabo Verde, São Tomé e Príncipe, tornados independentes em 1975; da criação da República da Somália, em 1960, apenas para se citarem alguns) e outros surgidos pela imposição geopolítica dos colonizadores, sem que se atendessem, no entanto, às especificidades culturais e políticas dos povos em processo de emancipação. De uma aparente homogeneidade, agora a Comunidade Internacional é notavelmente heterogênea, reunindo Estados jovens e antigos, pequenos e imensos, ricos e proletários, em

<sup>497</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. Teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 311.

<sup>498</sup> MOURGEON, Jacques. **Les droits de l'homme**. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1981, p. 16.

<sup>499</sup> MOURGEON, Jacques. **Les droits de l'homme**. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1981, p. 19.

desenvolvimento e depauperados, Estados industrializados e Estados com economia rudimentar, teocráticos e laicos, democráticos ou apenas pretensamente, contrastando com sistemas autocráticos.<sup>500</sup> As contradições destacadas sintetizam-se numa ideia geral: a da desigualdade. A prova mais robusta disso, completa Mourgeon, é a ocorrência de oitenta grandes conflitos após a Segunda Guerra Mundial até 1977, que tiraram a vida de doze milhões de pessoas<sup>501</sup>. Isso tudo, inclusive a diversidade de tipos de Estado e os eloquentes contrastes citados a dificultarem as estratégias políticas humanitárias, não é, contudo, consequência apenas da “multiplication et de l’irradiation du Pouvoir”, como sustenta o mencionado autor.

Os teóricos do relativismo (cultural ou de concepções), com efeito, ultrapassarão a análise do surgimento do Poder e de suas formas, para incluir este fenômeno ao lado de outros, como a economia, a cultura e a moral, de cada sociedade, os quais serão considerados elementos condicionantes da noção dos Direitos Humanos. Assim, por um lado, negarão a existência de uma moral capaz de dar suporte a um conceito universalmente válido de Direitos Humanos. Ao invés, sustentarão que as diferentes sociedades terão sistemas próprios de crenças morais, moldáveis pela História, tradições, circunstâncias geográficas e mundividências<sup>502</sup>. Por outro, desenvolverão linhas de pensamento deterministas, de acordo com as quais se entende que as pessoas se acham “profundamente condicionadas” pela sociedade a que pertencem<sup>503</sup> e, por isso, impedidas de estabelecerem juízos sobre os sistemas de crenças morais e um regramento

<sup>500</sup> MOURGEON, Jacques. **Les droits de l’homme**. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1981, p. 19-20

<sup>501</sup> MOURGEON, Jacques. **Les droits de l’homme**. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1981, p. 20.

<sup>502</sup> PAREKH, Bhikhu. Non-ethnocentric universalism. In DUNNE, Tim; WHEELER, J. Nicholas. **Human rights in global politics**. UK: Cambridge University Press, 1999, p. 128.  
BOOTH, Ken. Three tyrannies. In DUNNE, Tim; WHEELER, J. Nicholas. **Human rights in global politics**. UK: Cambridge University Press, 1999, p. 37, refere a este propósito que o “Cultural relativism argues that each culture or society possesses its own rationality, coherence and set of values, and it is in these terms only that one can properly interpret the organization, customs and beliefs (including ideas about human rights) of that culture or society.”

<sup>503</sup> PAREKH, Bhikhu. Non-ethnocentric universalism. In DUNNE, Tim; WHEELER, J. Nicholas. **Human rights in global politics**. UK: Cambridge University Press, 1999, p. 128.

universal. Por outras palavras, a mundividência arraigada em cada contexto social, para além de fatores específicos culturais, determinarão as formas de como tratar os interesses do homem.

O determinismo desta linha teórica implica a não aceitação de diálogos transculturais, que tenham como objeto um concerto das Nações em torno de finalidades comuns, como as que são descritas no art. 1º, 3, da Carta das Nações Unidas, especialmente a de obter a cooperação da sociedade internacional visando o respeito e a promoção das liberdades e dos direitos fundamentais – que são, evidentemente, aqueles positivados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nas Convenções internacionais. A pretensão de universalidade desses direitos, contrastará, assim, com as múltiplas realidades sistêmico-culturais, de todo em todo refratárias à sua percepção e assimilação de forma unívoca.

De acordo com o quadro geral dos aspectos teóricos do relativismo cultural, um sistema de crenças irá moldar a personalidade, o auto-entendimento, o temperamento e as aspirações das pessoas. Estas são assim preparadas para viverem segundo determinados códigos culturais que, por um lado, facilitam a existência pela via de uma suficiente harmonização. Dessa maneira, haverá, como refere Parekh, um “perfeito ajuste” (*perfect fit*) entre as pessoas e suas crenças. Mas, por outro lado, se solicitadas a viverem segundo padrões culturais que lhes são estranhos, sofrerão uma “profunda desorientação” (*profound disorientation*)<sup>504</sup>.

As linhas gerais apresentadas – a inscreverem-se num complexo conjunto de pressupostos (históricos, morais, geográficos etc.) e na predisposição para negar a *ratio* universalista –, no entanto, permitem variações teóricas, algumas fazendo fronteira com o que se pode chamar de universalismo mitigado, outras, a enclausurarem-se em bases ortodoxas da antropologia cultural. Por isso, ao tratar de um conceito geral desse *idearium*, Donnelly toma a cautela de

---

<sup>504</sup> PAREKH, Bhikhu. Non-ethnocentric universalism. In DUNNE, Tim; WHEELER, J. Nicholas. **Human rights in global politics**. UK: Cambridge University Press, 1999, p. 129.

categorizá-lo em dois grandes grupos: o do relativismo cultural forte e o do relativismo cultural fraco. O primeiro, entendendo que a principal fonte dos direitos e regras é a cultura. Esta vertente pode aceitar que alguns direitos básicos tenham aplicação universal, mas o campo consensual será apenas estreito e sujeito a tensões<sup>505</sup>. Já o relativismo cultural fraco coloca a cultura numa posição secundária de importância como fonte de direitos e regras. Com efeito, a universalidade será inicialmente presumida, mas os índices potenciais de universalismo serão controlados pela relatividade da natureza humana, assim como pelas comunidades e suas regras<sup>506</sup>. Esta vertente admite, numa posição mais extremada, um conjunto de Direitos Humanos *prima facie* universais, mas com um espaço para variações locais resultantes das tensões.<sup>507</sup>

Donnelly, ao assumir-se partidário do relativismo cultural fraco, propõe que as divergências em relação às normas internacionais de Direitos Humanos podem dizer respeito à *matéria* ou *substância* (*substance*) do catálogo desses direitos, à sua *interpretação* e à *forma* de implementação<sup>508</sup>. A primeira modalidade de divergências pode ser menos intensa, entende o professor da Universidade da Califórnia, quando os direitos são estabelecidos num nível a que denomina de *conceito*. Neste caso as normas possuirão, fundamentalmente, um valor de orientação (*an orienting value*). É o que se verifica com muitos dos Direitos Humanos que se encontram na Declaração Universal, como o que prescreve que todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (art. 3º); ou o que veda a escravidão ou servidão (art. 4º); ou o que põe o homem a salvo de torturas, de penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (art. 5º), os quais representam a ideia básica de dignidade. Há de se advertir, contudo, que os consensos obtidos ao nível *conceptual* dos direitos podem sofrer algum

<sup>505</sup> DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory & practice**. 2.de. Nova Iorque: Cornell University Press, 2002, p. 90.

<sup>506</sup> DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory & practice**. 2.de. Nova Iorque: Cornell University Press, 2002, p. 90.

<sup>507</sup> DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory & practice**. 2.de. Nova Iorque: Cornell University Press, 2002, p. 90.

<sup>508</sup> DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory & practice**. 2.de. Nova Iorque: Cornell University Press, 2002, p. 90.

questionamento, especialmente por causa da subjetividade da formulação normativa<sup>509</sup>.

Já os direitos civis, como as liberdades de consciência, de expressão e associação, podem ser considerados mais relativos que universais, porque pressupõem a valoração realizada pelos indivíduos, podendo ter aplicabilidade questionável em comunidades tradicionais. Com efeito, “If traditional practices truly are based on and protect culturally accepted conceptions of human dignity, then members of such a community will not have the desire or the need to claim such rights.”<sup>510</sup> A situação é empiricamente demonstrada quando se observam as discussões jurídicas sobre os limites ao direito da liberdade religiosa<sup>511</sup> – indiscutivelmente um dos pilares das liberdades modernas, que se vem estruturando desde a Reforma –, que se submete à relativização, mesmo no Ocidente de feições plurais e democráticas. Um dos casos que mais despertou polêmica na Comunidade Internacional foi o da proibição legal, em França, do uso de véu por muçulmanas em locais públicos<sup>512</sup>.

As tensões relacionadas com a interpretação dos Direitos Humanos situam-se num nível em que o consenso não ultrapassa o significado básico, permanecendo a questão de fundo, ou teleológica da regra, aparentemente sem solução. Nesta circunstância, Donnelly sustenta que a “culture provides one

<sup>509</sup> O autor reporta-se ao artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, mais especificamente em relação à proibição de penas cruéis. “The real controversy – escreve Donnelly – comes over definitions of terms such as “cruel”. Is the death penalty cruel, inhuman, or degrading?” (DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory & practice**. 2.de. Nova Iorque: Cornell University Press, 2002, p. 95).

<sup>510</sup> DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory & practice**. 2.de. Nova Iorque: Cornell University Press, 2002, p. 94.

<sup>511</sup> DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory & practice**. 2.de. Nova Iorque: Cornell University Press, 2002, p. 95.

<sup>512</sup> DELACAMPAGNE, Christian. **A filosofia política hoje**: ideias, debates, questões. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 39-41. Título original: **La philosophie politique aujourd’hui: idées, débats, enjeux**, entende que o fenómeno ocorrido em França no outono de 1989 em torno do uso do lenço islâmico – uma espécie de fenómeno sociológico que expressava a rejeição ao laicismo ocidental por muçulmanas –, insuflou uma reação incoerente: o debate sobre sua permissividade entrou nos anos 1990, dividindo não apenas a opinião pública, mas o próprio Estado, que adotou medidas intolerantes pretextadas no conceito de uso de “sinais ostentatórios” religiosos. Em 1996, um grupo de professores recusou-se a dar aulas a uma aluna que usava o lenço.

plausible and defensible mechanism for selecting interpretations (and forms).”

Há enunciados na Declaração Universal que, segundo Donnelly, contêm interpretação de direito, como é o caso do livre e pleno consentimento dos nubentes como condição inerente (e exigível) para a concretização do casamento (art. 16, n. 2)<sup>513</sup>. Claro que este requisito se sujeita aos filtros culturais, havendo mecanismos próprios para se garantir o ato de consórcio entre duas pessoas, para os fins de formação de família, que divergem do modelo contratual ocidental. Há culturas tradicionais africanas em que a figura do casamenteiro é espécie de instituição de ampla aceitação; entres os hindus, o contrato de casamento é celebrado entre os pais dos futuros noivos, antes de eles terem atingido a idade para a realização do ato; entre os judeus ortodoxos o casamento é também compromisso dos pais, mas os noivos assinam contrato durante a cerimônia nupcial, perante sua comunidade. São fórmulas, enfim, distintas das normalmente empregues no Ocidente.

Embora a civilização ocidental se manifeste como uma força catalisadora (e transformadora), não apenas por meio dos costumes disseminados, mas, também, pelo modelo econômico capitalista que impulsionou uniformizações em níveis globais – a Globalização –, que podem ser tratadas como um processo de ocidentalização, há grupos perfeitamente enraizados no Ocidente que não assimilam por completo o conjunto de valores ocidentais. Os judeus ortodoxos há pouco mencionados, vivem em maior número nos Estados Unidos do que em Israel, e, nem por isso, deixaram de observar seus institutos segundo hieráticos costumes, como é o caso do casamento previamente contratado. Donnelly vai mais longe em suas observações e refere que as divergências podem ser entre culturas ou civilizações e, até mesmo, intraculturais e intracivilizacionais, lembrando, como exemplo, das distintas formas de interpretar-se a pena de morte e o modelo de *Welfare State*, nos Estados Unidos e na Europa.

---

<sup>513</sup> DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory & practice**. 2.de. Nova Iorque: Cornell University Press, 2002, p. 96.

Ocorrem, igualmente, divergências ao nível da implementação dos Direitos Humanos em ações políticas e jurídicas. As distintas interpretações que se fazem das normas estatuídas em documentos internacionais, a Declaração Universal e as Convenções, resultam em concretizações díspares. O art. 10, n. 2 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos requer tratamento especial para os infratores juvenis, mas, como salienta Donnelly, há culturas em que sequer existe uma ideia própria sobre esta categoria criminal<sup>514</sup>; mas o regime menorista brasileiro, estabelece uma série de medidas para proteger o adolescente infrator, que sequer poderá ficar detido em estabelecimento prisional comum<sup>515</sup>, que contrastam com sistemas penais que chegam a punir menores de 18 anos.

#### 4.2.2.1 Suma crítica

A disputa entre as duas grandes correntes teóricas acerca da capacidade de recepção dos Direitos Humanos pelos povos do Mundo ancora, em boa verdade, na pressuposição de um discurso único sobre esses direitos: o que foi enunciado por aqueles que redigiram a Declaração Universal, como Eleanor Roosevelt, René Cassin e John Humphrey<sup>516</sup> e, posteriormente, tornado altissonante pelos Estados da Comunidade Internacional que aderiram aos seus termos e compuseram um arranjo mais amplo e específico nos Pactos e Convenções que se sucederam. Os primeiros tinham a crença de que a Declaração Universal teria força moral capaz de despertar a consciência sobre Direitos Humanos pelo Mundo, controlando, dessa forma, os abusos que colocassem em

---

<sup>514</sup> DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory & practice**. 2.de. Nova Iorque: Cornell University Press, 2002, p. 97.

<sup>515</sup> A internação de adolescente infrator, por meio de sentença ao fim de regular processo, que será de prazo máximo de 3 anos, deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes e terá o caráter sócio-educativo (arts. 121 a 123, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

<sup>516</sup> A Comissão dos Direitos do Homem era composta por outros dirigentes, mas teve uma Comissão Nuclear presidida por René Cassin, que tinha ao seu lado Eleanor Roosevelt. Estes, segundo se diz, exerceram influência determinante para a confecção da Declaração (VERDOODT, Albert. **Naissance et signification de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme**. Paris: Éditions Nauwelaerts, 1964, p. 48-49).



causa a dignidade do homem<sup>517</sup>; enquanto que uma grande parte de Estados reunida nas Nações Unidas, por seu turno, passa a subscrever as intenções de política jurídica de estruturação de um Direito Internacional, cuja consecução tem como fundamento o discurso afinado e único sobre os Direitos Humanos. Para os universalistas mais extremados, há uma moralidade básica compartilhada entre todos os homens que conduz à aceitação geral e implementação dessas normas internacionais, enquanto que outros, seguindo o trilha de Bobbio, entendem possível a progressão histórica dos direitos em escala mundial. Tais hipóteses são total ou parcialmente rejeitadas pelo relativismo cultural, que considera ilegítima a disseminação de um discurso único de Direitos Humanos sem que se respeitem as peculiaridades culturais de povos que não ocupam a posição hegemônica mundial, a modo de solidarizarem-se com eles<sup>518</sup>.

O núcleo problemático dessas teorias – em parte subliminarmente reconhecido no preâmbulo da Declaração Universal, ao referir que se estava a proclamar um “ideal comum a atingir todos os povos e todas as nações” e, pois, a conferir-lhe mais um caráter ideológico<sup>519</sup>, do que programático – é envolvido por uma constelação de problemas, que são depreendidos dos próprios fundamentos que lhe subjazem.

A falta de uma epistemologia sobre os Direitos Humanos capaz de fornecer critérios fiáveis para sua legitimação universal, faz com que as teses universalistas ou perpetuem o fixismo filosófico originário do jusracionalismo setecentista, ou criem soluções que esbarram na carência de um instrumentário atestável empiricamente, ou cujas assertivas não se enformam a uma

---

<sup>517</sup> IGNATIEFF, Michael. **Human rights as politics and idolatry**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2001, p. 8.

<sup>518</sup> HASTRUP, Kirsten. Representing the common good. The limits of legal language. *In* WILSON, Richard Ashby; MITCHELL, Jon P. **Human rights in global perspective**. Anthropological studies of rights, claims and entitlements. Londres: Routledge, 2003, p. 18.

<sup>519</sup> VASAK, Karel. Por um direito internacional específico dos direitos do homem. *In* VASAK, Karel. **As dimensões internacionais dos direitos do homem**. Tradução de Carlos Alberto Aboim de Brito. Lisboa: Editora Portuguesa de Livros Técnicos e Científicos/UNESCO, 1983, p. 675.

hermenêutica histórica<sup>520</sup>. Em qualquer caso, deixando um flanco aberto que faculta aos seus críticos atribuir-lhes o vício do eurocentrismo e o intento (prepotente) de Mundialização dos valores ocidentais. A tese de Sebreli, como exemplo de universalismo, deixa exposta a fragilidade dos argumentos fundamentados no perspectivismo etnocêntrico – ou melhor dito, eurocêntrico.

O autor espanhol, após atacar o método hermenêutico e a antropologia, envereda por uma fragorosa defesa do europeísmo dos valores estruturais dos Direitos Humanos, que passam a ser disseminados com as conquistas de terras transoceânicas. Com efeito, a vocação universalista dos europeus, terá facilitado, a partir do século XV, a comunicação dos povos autóctones de África e Ásia com um vasto horizonte distante de suas ilhas culturais, levando-lhes o cristianismo e a promessa de reunificação do Mundo, como já havia sido tentada por Alexandre Magno<sup>521</sup>. Daquele período histórico ao momento contemporâneo, que se pode chamar de Modernidade tardia, marcado pelas intercomunicações e pela economia transnacional – ambos fenômenos facilitadores da transposição civilizacional, quando as características da civilização ocidental se impuseram sobre outras civilizações, tendo sido assimiladas em todos os cantos da Terra –, as distâncias já se encurtaram, existindo “un patrimonio cultural común a toda la humanidad que diluye las diferencias.”<sup>522</sup> E é precisamente neste aspecto que o autor se agarra para defender-se da acusação de etnocêntrico, pois que, segundo seu raciocínio, uma vez “diluídas” as características ocidentais por todo o Mundo, a condição de civilização deixará de

---

<sup>520</sup> Hastrup contesta a alegação feita por Mary Robson no Simpósio sobre Direitos Humanos na Ásia, em 1998, no sentido de que houve uma destilação de crenças religiosas na Declaração Universal: “We might want to argue that ‘distillation’ of religious beliefs cannot be sustained historically, and that it simply sidesteps the issue of cultural diversity.” (HASTRUP, Kirsten. Representing the common good. The limits of legal language. In WILSON, Richard Ashby; MITCHELL, Jon P. **Human rights in global perspective**. Anthropological studies of rights, claims and entitlements. Londres: Routledge, 2003, p. 17).

<sup>521</sup> SEBRELI, Juan José. **El asedio a la modernidad**. Crítica del relativismo cultural. Barcelona: Ariel, 1992, p. 28.

<sup>522</sup> SEBRELI, Juan José. **El asedio a la modernidad**. Crítica del relativismo cultural. Barcelona: Ariel, 1992, p. 46.

existir por falta de especificidade<sup>523</sup>. É claro que essa lógica apresenta falhas por, pelo menos, deixar de levar em consideração as chamadas culturas tradicionais que se opuseram ao assimilacionismo.

Com relação a isso, Sebreli afirma que a fragmentação dessas culturas em razão da expansão do ocidentalismo, causa lamentações apenas em pessoas como o antropólogo Lévi-Strauss. Para muitos desses povos, sua cultura tradicional é sinônima de atraso e pobreza. “También implica la opresión para los individuos que quieren liberarse de una tradición en la que no creen.” E arremata: “El verdadero enemigo del individuo no es la humanidad universal sino los particularismos, nacionales, biológicos, raciales, sexuales, clasistas; éstos son los que sofocan la libertad y uniforman a los hombres.”<sup>524</sup> Para reforçar seu ponto de vista, o autor desfia um longo rol de particularismos culturais que causam danos ao ser humano, como certos tabus indianos que impedem medidas sanitárias necessárias à saúde; a discriminação dos intocáveis pelas pessoas de casta e o direito absoluto dos pais sobre os filhos; a prática de torturas voluntárias e mutilações no Ceilão; a necrofagia ritual ainda observada na tribo dos m'bakas; a lapidação de adúlteros e a amputação de membros de criminosos, pela Justiça muçulmana; a rigorosa polícia de costumes da Argélia; a proscrição das uniões sexuais senão para fins de procriar, pelo hinduísmo; o enclaustramento, a vigilância e a tutela permanente das mulheres muçulmanas; o uso do *chador*; a excisão ou a circuncisão do clitóris que atingiu trinta milhões de mulheres de várias partes da África<sup>525</sup>; a brutalidade contra idosos, ou o simples abandono para a morte, como ocorre no Sudão, em tribos da África do Sul e na Sibéria do Norte<sup>526</sup>.

---

<sup>523</sup> SEBRELI, Juan José. **El asedio a la modernidad**. Crítica del relativismo cultural. Barcelona: Ariel, 1992, p. 46.

<sup>524</sup> SEBRELI, Juan José. **El asedio a la modernidad**. Crítica del relativismo cultural. Barcelona: Ariel, 1992, p. 46-47.

<sup>525</sup> Esse número, em realidade, pode ser bem maior. A Organização Mundial de Saúde estimava, em 2001, que entre 100 e 140 milhões de mulheres sofreram alguma espécie de mutilação genital. A propósito, LEYE Els; DEBLONDE, Jessika; GARCÍA-AÑÓN, José, *et alii*. An analysis of the implementation of laws with regard to female genital mutilation in Europe. **Crime Laws Soc**, n. 47, p. 1-31.

<sup>526</sup> SEBRELI, Juan José. **El asedio a la modernidad**. Crítica del relativismo cultural. Barcelona:

Esse raciocínio, no entanto, fundamenta-se em alguns pressupostos falsos e outros insuscetíveis de demonstração. A indisfarçável apologia de ocidentalização das culturas de povos acantonados no tradicionalismo, sob o argumento de que pela assimilação poderão mitigar suas agruras, a pobreza e a opressão que inibe ou impede as liberdades, deixa de considerar que a ideia do *bom* é variável segundo o perspectivismo psicológico, inegavelmente condicionado por diversos aspectos, incluindo o histórico, o cultural, o geográfico. Se há os que pretendem deixar o isolamento cultural por meio da absorção de valores ocidentais, há, também, os que se mantêm firmes em suas crenças e modo de vida, rejeitando as intromissões ocidentais. Assim, por um lado, o Japão, como escreve Defarges, foi “o melhor dos alunos” da missão civilizadora levada a cabo pelo Ocidente, constituindo um regime parlamentar de tipo britânico, um Código Civil à francesa e um exército como o de Prússia, vindo, inclusive, a ter pretensões colonizadoras<sup>527</sup>, mas, por outro lado, a força de seu sistema cultural impede que a estrutura familiar seja corrompida por uma descentralização funcional e que as mulheres ascendam a um nível de independência semelhante ao das ocidentais<sup>528</sup>; o exército prussiano no Japão de que fala Defarges, distinguia-se do seu modelo pela cega obediência ao imperador, de modo que jamais se encontrou entre os combatentes arianos a figura do *kamikaze*; ainda hoje, a dignificação dos pais pela obediência, a ideia de honra e orgulho racial, inclusive pela resistência à miscigenação e a estrutura hierarquizada nos meios de convívio, como o de trabalho<sup>529</sup>, não encontram paralelo no Mundo Ocidental. No Oriente Médio, no Irã do Xá Réza Pahlavi, tentou-se uma radical transformação cultural, pela onda de *modernização* à ocidental, mas, como se sabe, o projeto sofreu o mais drástico rechaço de que se tem notícia na História da Mundialização e uma guinada para o oposto, pela qual as ideias de

---

Ariel, 1992, p. 55-61.

<sup>527</sup> DEFARGES, Philippe Moreau. **A mundialização**. O fim das fronteiras. Tradução de António Monteiro Neves. Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p. 107. Título original: **La Mondialisation**.

<sup>528</sup> É bem verdade que se observe, neste particular, uma mudança no estatuto da mulher (DEFARGES, Philippe Moreau. **A mundialização**. O fim das fronteiras. Tradução de António Monteiro Neves. Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p. 108. Título original: **La Mondialisation**).

<sup>529</sup> DEFARGES, Philippe Moreau. **A mundialização**. O fim das fronteiras. Tradução de António Monteiro Neves. Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p. 108. Título original: **La Mondialisation**.

progresso político (e humano) foram substituídas pelas *madrassas*, pelo fundamentalismo islâmico, pela polícia de costumes e pela teocracia e, em vez de sair do 1979, aquele país retrocedeu para o período do obscurantismo<sup>530</sup>. Pior. Ainda no Oriente Médio, o movimento do pan-arabismo foi contagiado pelo fundamentalismo religioso, que apregoa a *jihad* islâmica contra o Ocidente. Serão apenas laivos de um período marcado por governos autocráticos e pela manipulação de massas caracterizadas pela divisão tribal e pela falta de formação formal? Não parece. Se a “congregação das massas em torno do Islão chiita” em oposição à influência norte-americana pode ser apontada como uma das causas do fracasso do projeto do Xá Pahlavi<sup>531</sup>, há de se levar em conta que o isolamento dos povos árabes desde sua expulsão da Península Ibérica passou a ser forma cultural de isolacionismo e de recrudescimento (e avivamento) de certos valores, contra os quais nem os ingleses, com seu poder colonizador, puderam fazer frente. Regimes autocráticos tentaram forjar o modelo de Estado-nação – o modelo ocidental de organização política – em zonas com o predomínio do sistema tribal, mas, como se pode interpretar do movimento a que se denominou de *primavera árabe*, não lograram êxito. Diga-se, a propósito, que o futuro deste movimento de massas ocorrido na Líbia, Egito, Iêmen e Síria, não descreve um projeto político claro (nem se pode dizer estar assente num projeto), havendo a hipótese de que o sonho democrático dos ocidentais não se realize por lá, mas que presenciemos o alastramento do fundamentalismo. Giddens, aliás, acentua ser incorreto pensar-se em seu definhamento, pois que a “oposição islâmica ainda está a crescer em

---

<sup>530</sup> O regime do Xá do Irã implantou a reforma agrária, permitiu direitos eleitorais às mulheres e desenvolveu a educação secular. No entanto, a Revolução Islâmica de 1978-1979, pôs fim não apenas à monarquia iraniana, mas à secularização: o Ayatollah Khomeini “fez da religião a base directa de toda a vida política e económica, de acordo com os ensinamentos do Alcorão. Ao abrigo da lei islâmica – *charia* –, tal como foi reivivida, os homens e as mulheres devem manter-se rigorosamente segregados, sendo as mulheres obrigadas a cobrir a cabeça e o corpo em público, os homossexuais fuzilados e os adúlteros apedrejados até à morte.” (GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 8. ed. Tradução de Alexandra Figueiredo, Ana Patrícia Duarte Baltazar, Catarina Lorga da Silva, Patrícia Matos, Vasco Gil. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 562. Título original: **Sociology**).

<sup>531</sup> DEFARGES, Philippe Moreau. **A mundialização**. O fim das fronteiras. Tradução de António Monteiro Neves. Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p. 110. Título original: **La Mondialisation**, inclui, entre suas explicações para o fenómeno a sobrevalorização do petróleo, os grandes projetos estruturais, a industrialização caótica, a corrupção e o desenraizamento de camponeses.

estados como a Malásia e a Indonésia, várias províncias da Nigéria implementaram recentemente a lei da *charia* e a guerra da Tchetchênia atraiu a participação de militantes islâmicos que apóiam o estabelecimento de um estado islâmico no Cáucaso.”<sup>532</sup> Por fim, a falta de formação educacional pode causar estranhamento aos ocidentais, ordenados cultural e psicologicamente com valores próprios relativamente ao aperfeiçoamento pessoal, mas não entre os orientais da civilização islâmica, principalmente os fundamentalistas. Por outras palavras, a exclusão de certas pessoas de uma formação educacional é opção de algumas culturas tradicionais e não uma opressão imposta externamente ao sistema social.

Curiosamente, muçulmanos integrados à sociedade europeia, onde se propugna o secularismo, rejeitam os valores ocidentais. Mulheres cujas famílias se encontram há duas ou três gerações no continente, cobrem a cabeça com véu ou usam o *chador* para se distinguirem das demais<sup>533</sup>. Suas vestes tornam-se, desta forma, sinais identitários e de resistência à assimilação, revelando, também, um autêntico desinteresse em abandonar a cultura tradicional. Os indianos, indiscutivelmente inseridos no processo de globalização econômica, apesar de fazerem concessões ao Ocidente, mantêm seu rigoroso código moral religioso e não extirpam de seu sistema social práticas que ultrapassam o milhar de anos, inclusive a categorização das pessoas em castas e a estrutura familiar em que a mulher assume papel secundário. As diferenças étnicas e religiosas, aguçam o movimento separatista na região da Caxemira, no subcontinente indiano, onde há conflagrações envolvendo muçulmanos, sem que nenhuma das partes aceite uma condição de harmonia. Nestes e em tantos outros exemplos que se podiam aqui juntar, não há propriamente o receio de se descobrir o que há do lado de fora da caverna, de onde vem a luz, mas, *tout court*, o deliberado intento de não sair de

---

<sup>532</sup> GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 8. ed. Tradução de Alexandra Figueiredo, Ana Patrícia Duarte Baltazar, Catarina Lorga da Silva, Patrícia Matos, Vasco Gil. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 565. Título original: **Sociology**.

<sup>533</sup> GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 8. ed. Tradução de Alexandra Figueiredo, Ana Patrícia Duarte Baltazar, Catarina Lorga da Silva, Patrícia Matos, Vasco Gil. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 565. Título original: **Sociology**, afirma que “O simbolismo islâmico e as formas de se vestirem tornaram-se indicadores importantes de identidade para um número crescente de muçulmanos que vivem fora do mundo islâmico.”

seu interior.

A tese universalista preconizadora de uma moral básica de validade dos Direitos Humanos, segundo a linha discursiva antes referida, equivalerá a um rematado darwinismo cultural, segundo o qual a civilização ocidental se mostrará mais capacitada para difundir o *bonum* por toda a humanidade. Todas as demais culturas e civilizações, render-se-iam aos valores apregoados pelo Ocidente por meio de mutações estruturais. Mas isso não é facilmente verificável, nem mesmo entre culturas que passaram por percalços e o risco extinção. Os judeus, uma minoria no cenário mundial, foram submetidos a trinta e cinco conquistas ao longo de sua multimilenar História. Infligiram-se-lhes *pogroms* e o holocausto e antes disso haviam se tornado cosmopolitas, inclusive assumindo posições de proeminência nas letras, filosofia, artes e ciência em diversas regiões do Ocidente. Contudo, continuam a manter o código moral prescrito em suas tradições, algumas delas em contraste com o conceito ocidental de Direitos Humanos, não havendo insurgências drásticas que possam colocá-las em causa.

Por fim, o arrimo moral dos Direitos Humanos de que fala Peces-Barba, constituído a cada salto de progresso humano determinado por revoluções sociais e avanços tecnológicos, não se verifica de igual forma para toda a humanidade. Cada cultura, cada povo, possui uma altitude vital sobre a qual falava Ortega y Gasset. O acúmulo das experiências vivenciais é, portanto, variável e se não pode aferir por um paradigma universalmente válido, embora a contemporaneidade seja marcada pelo encurtamento de distâncias culturais favorecido pelos meios de comunicação, especialmente a internet, e pela Globalização. Há concepções de vida distintas, não só entre civilizações, mas entre culturas ocidentais. Desse modo, por um lado, se no Ocidente houve condições para a emancipação da mulher nas primeiras décadas do século passado, em lugares da Ásia, Oriente Médio e África isso, por ora, não ocorre; e o costume da prática de excisão clitoriana é apenas um dos que persistem em pleno século XXI

entre povos africanos, apesar de seu contato com a Europa através dos colonizadores. Note-se que, apesar do comércio cultural entre africanos e europeus, não há sinais de que as mulheres se oponham a essa modalidade de mutilação. Por outro lado, nos Estados europeus onde se deu a Revolução Industrial, a mulher obteve um estatuto diferenciado em relação às de outras zonas ocidentais em que o progresso tecnológico tardou a firmar-se, adquirindo não apenas direitos trabalhistas, mas direitos políticos.

As observações relacionadas às dificuldades de uma *praxis* universalista de Direitos Humanos, tributárias de pressupostos epistêmicos arrimados na abstração e generalidade do ser hominal (como se ele existisse como entidade autônoma da *circum-stantia*)<sup>534</sup>, conduzem, numa primeira análise, para a admissão dos esforços teóricos do relativismo cultural que visam não mais que um quadro mínimo de valores axiológicos. No entanto, também neste caso se constatarão premissas metodológicas que resvalam em equívocos, a maior parte deles oriundos de posições ideológicas ou de influências antropológicas.

O desenvolvimento metodológico das vertentes teóricas relativistas colide, com efeito, ou com a peremptoriedade exclusivista das culturas não ocidentais, que tende para seu isolamento, ou com a excessiva atenção à identidade das minorias culturais, que se devem considerar, por isso, realidades intangíveis pelos propósitos políticos de Mundialização do tráfego de princípios aprovados pelo Ocidente. Melhor explicando: é perceptível que, por um lado, certas teses do relativismo cultural propugnam uma peremptória impossibilidade de diálogo entre as culturas tradicionais e as civilizações não ocidentais com o Ocidente, como se cada contexto cultural fosse hermético e impermeável às ondas espontâneas de valores, que se formam numa circunstância de Mundialização. Em razão disso, em vez de se defender o transpasse de contextos pela intercomunicação, estrutura-se sua sobreposição, operando-se, por meio da falta

---

<sup>534</sup> Nas palavras de LUCAS MARTÍN, Francisco Javier de. **El desafío de las fronteras**. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural. Madri: Ediciones Temas de Hoy, 1994, p. 41, o “hombre «desnudo», sin necesidad de que concurra ningún atributo o característica adicional”.



de comunicação, a *guetização* cultural<sup>535</sup>. Em concordância com suas premissas estruturais, os relativistas afirmam que as políticas internacionais que visam a disseminação e efetivação dos Direitos Humanos não passam de uma expressão, *tout court*, de hegemonia dos Estados ocidentais e que, em razão disso, se caracterizam como impositivas.

Por outro lado, os teóricos relativistas assumem, por vezes, posições não apenas contraditórias, mas antinômicas, em virtude de apoiarem a proteção da autonomia de uns ao mesmo tempo em que relegam ao plano secundário a condição de outros, sem levarem em consideração qualquer critério que não seja o de otimização da proteção das chamadas minorias culturais. Não colocam sob escrutínio, por isso, os códigos normativos morais, nem muito menos os submetem à comparação: essa vertente relativista de cariz antropológico passa, simplesmente, à defesa dos valores de minorias num nível de equivalência implausível. Sebreli, ao deter-se na análise dessa situação, sustenta que o relativismo envereda pela antinomia ao “afirmar como igualmente válidos los pares de opuestos” e dá como exemplos disso o discurso anti-racista contra o Ocidente, expondo os problemas da xenofobia e da discriminação racial nos Estados Unidos, ao mesmo tempo em que a defesa da identidade cultural leva-os a silenciar sobre o racismo contra brancos praticado por argelinos, o anti-judaísmo dos palestinos e de outros regimes árabes e a rivalidade étnica entre tribos africanas<sup>536</sup>.

Não é de se esquecer que a militância ideológica também se enfeixa no relativismo de ideias (e de julgamentos). Assim, as correntes de pensamento político e econômico liberal tendem a dar primazia ao individualismo e, por conseguinte, perspectivam os Direitos Humanos segundo a ótica da primeira

---

<sup>535</sup> LUCAS MARTÍN, Francisco Javier de. **El desafío de las fronteras**. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural. Madrid: Ediciones Temas de Hoy, 1994, p. 64-65. O autor menciona que uma das formas de *guetização* foi levada a cabo nos Estados Unidos pelo movimento *political correct*, “que reivindica un tratamiento absolutamente diferenciado para cada grupo y una depuración del lenguaje que no incurra en manifestaciones de racismo, machismo o falta de respeto a la identidad y los derechos de ningún grupo.”

<sup>536</sup> SEBRELI, Juan José. **El asedio a la modernidad**. Crítica del relativismo cultural. Barcelona: Ariel, 1992, p. 72.

geração de direitos. Desta forma, sua implementação não exigirá mais que o reconhecimento da liberdade negativa – de abstenção ou de não intervenção estatal. Segundo a análise de Zolo, essa vertente doutrinária proporá uma universalidade humanitária arrimada na proteção da liberdade negativa<sup>537</sup>. Em concordância com isto, os relativistas liberais admitem que os Direitos Humanos são uma criação do Ocidente, mantendo fundas raízes na experiência constitucional oitocentista e na *intelligentsia* anglo-americana e europeia, só sendo possível sua assimilação por outros povos por meio de um longo processo histórico. Ignatieff adere a esta linha metodológica, mas com algumas particularidades, inclusive fazendo uma forte crítica contra o engajamento dos relativistas na militância de defesa de Direitos Humanos. Leiamo-lo.

O fato de a cultura dos Direitos Humanos sustentar que nossa espécie (*our species*) é uma, e que cada indivíduo que dela faz parte merece igual consideração moral (*is entitled to equal moral consideration*), substancia, segundo Ignatieff, uma intuição conforme, que influencia a conduta das pessoas e Estados<sup>538</sup>. É claro que a disseminação dessa cultura pelo Mundo é interpretada como fenômeno afim da Globalização econômica, podendo até mesmo justificar um *style of moral individualism*. Mas é possível sustentá-la como forma de progresso moral, que é autônomo em relação aos motivos<sup>539</sup>.

O político liberal canadense prossegue seu raciocínio, de acordo com o qual põe dúvidas no impacto preventivo (*preventive impact*) esperado pelos mentores da Declaração Universal de Direitos Humanos quanto ao refreamento dos atentados à dignidade das pessoas. No entanto afirma que os espectadores e vítimas das vilanias têm se robustecido moralmente para lutar em defesa desses direitos. Sua tutela e efetivação são, em muitos casos, mais

---

<sup>537</sup> ZOLO, Danilo. **La justicia de los vencedores**. Tradução ao espanhol de Elena Bossi. Buenos Aires: Edhasa, 2007, p. 88. Título original: **La giustizia dei vincitori**.

<sup>538</sup> IGNATIEFF, Michael. **Human rights as politics and idolatry**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2001, p. 3-4.

<sup>539</sup> IGNATIEFF, Michael. **Human rights as politics and idolatry**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2001, p. 7.

eficazes através da militância organizada do que pela intervenção estatal. É claro, afirma Ignatieff, que surgem nesse campo revolucionário os riscos de conflitos entre o *particularismo* e o *universalismo*, na medida em que as associações de defesa de Direitos Humanos, como as ONGs, se preocupam com certos grupos ao mesmo tempo em que silenciam sobre as violações cometidas contra outras pessoas. É o que ocorre quando se combate eventual ameaça à integridade dos palestinos e se silencia sobre as atrocidades cometidas por este povo contra os israelenses<sup>540</sup>. Aqui se percebe muito claramente os aspectos de liberalismo dessa tese, que é concorde com a pretensão de abstencionismo estatal e com o arrematado entendimento de que a defesa dos Direitos Humanos só pode considerar-se legitimamente compatível com a mitigação das parcialidades por meio do comprometimento com a causa em si e não somente com uma das partes envolvidas (*an equal commitment to the rights of the other side*)<sup>541</sup>. Em congruência com isso, as intervenções coercitivas em sua defesa só serão justificáveis em estritos casos de necessidade, onde a vida estiver sob risco<sup>542</sup>. Mas, se por um lado, Ignatieff acredita no progresso moral como incremento dos Direitos Humanos, por outro não nega o problema axial atinente à diversidade cultural, e, portanto, às mundividências, nem todas concordes com a concepção ocidental. Quais, então, os limites universalmente aceitáveis dos Direitos Humanos?

Ignatieff contesta a tradição ocidental fundamente arraigada na metafísica, no jusnaturalismo oitocentista e no conjunto de crenças que teve grande voga após a Segunda Guerra Mundial, ao qual considera uma espécie de *religião secular*. Portanto, a causa dos Direitos Humanos ultrapassa o âmbito de crenças e da fé, do mesmo modo que não alcança a extensão espacial e nem a intemporalidade preconizadas pelo universalismo. A condição de dignidade humana e, conseqüentemente, a auto-estima intrínseca aos homens, estabelecidas como

---

<sup>540</sup> IGNATIEFF, Michael. **Human rights as politics and idolatry**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2001, p. 9.

<sup>541</sup> IGNATIEFF, Michael. **Human rights as politics and idolatry**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2001, p. 10.

<sup>542</sup> IGNATIEFF, Michael. **Human rights as politics and idolatry**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2001, p. 18.

aspectos ontológicos justificantes dos Direitos Humanos segundo a vertente universalista, são categorias obscuras e controversas: pouco dizem, com efeito, sobre o que desejamos ser em concordância com o que sabemos desses termos. “On occasion, men and women behave with inspiring dignity. But that is not the same thing as saying that all human beings have an innate dignity or even a capacity to display it.”<sup>543</sup>. Essas categorias são, além do mais, controversas devido ao fato de permitirem contestações às suas bases metafísicas. A sacralização do ser humano em razão de ter sido criado à imagem de Deus, *v.g.*, pode ser uma ideia facilmente aceita pelos religiosos ou pelos crentes de uma das confissões de fé que formam o tronco cultural ocidental; mas aqueles que não acreditam em Deus podem contestar o atributo sagrado<sup>544</sup>.

Neste sentido, o âmbito dos Direitos Humanos deverá, por um lado, evitar qualquer ideia particular sobre o *bom* e, por outro, sua proteção só será otimizada na medida em que for compatível com o *pluralismo moral*. Este, sem dúvida, é o cerne da tese de Ignatieff, pois, para a demonstração que pretende fazer, importa estabelecer um critério seguro para a identificação dos interesses ou bens universalmente compartilhados. O autor parte, então, para exposição de sua *thin theory*, que visa localizar a zona consensual desses direitos, mais propriamente num mínimo ético de ampla aceitação.

O substrato lógico dos Direitos Humanos é primacialmente o mesmo daquele que enforma os direitos de primeira geração, ou seja, eles a um só tempo atribuem a esfera de liberdade dos indivíduos e o dever de não interferência por parte do Estado. Estes direitos protegem, portanto, a liberdade (*They protect their agency*), sendo que, na terminologia do autor, *agency* equivalerá ao sentido dado por Isaiah Berlin a *negative liberty*<sup>545</sup>, compartilhando abertamente, aliás, com

---

<sup>543</sup> IGNATIEFF, Michael. **Human rights as politics and idolatry**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2001, p. 54.

<sup>544</sup> IGNATIEFF, Michael. **Human rights as politics and idolatry**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2001, p. 54.

<sup>545</sup> IGNATIEFF, Michael. **Human rights as politics and idolatry**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2001, p. 75, usa expressamente a formulação berliniana ao afirmar que “Human rights is morally universal because it says that all human beings need certain specific freedoms *from*.” (o

desenvolvimento teórico do filósofo político oxfordiano. Por outras palavras, a zona consensual sobre os Direitos Humanos será conformada com a ideia de liberdade negativa, que arma os indivíduos com o direito subjetivo de exigirem a não intervenção estatal. “Human rights – sintetiza Ignatieff – is a language of individual empowerment, and empowerment for individuals is desirable because when individuals have agency, they can protect themselves against injustice.”<sup>546</sup>

Essa tese, que se pretende universal, no entanto, aproxima-se daquilo que Donnelly entende por relativismo cultural fraco, porque, em primeiro lugar, deixa assente o fato de que não se pode pretender sejam *todos* os Direitos Humanos encartados na Declaração Universal e nos posteriores protocolos e Convenções internacionais, inclusive os de cariz social, aceitos por *todos* os povos. Em segundo lugar, porque nela subjaz a ideia de diversidade cultural e de mundivisões, que só se conciliam no compartilhamento de uma inata tendência para a autodeterminação pessoal que, pela filosofia liberal, se torna possível pelo exercício da liberdade negativa. Mas aqui se encontra seu ponto fraco e, por isso, criticável na medida em que deixa de resolver a aporia relacionada com a origem dos Direitos Humanos e sua aceitação pelos povos. Ao propor uma base filosófica eminentemente liberal, Ignatieff não pode desconsiderar a pedra angular que lhe dá estrutura, o individualismo, premissa, aliás, que é por si invocada como condição de realização dos seres humanos. Ora, este valor, como já foi antes dito, é característico da civilização ocidental e contende com os valores estruturais de outras culturas e civilizações<sup>547</sup>. Preconizá-lo como fator consensual para a

---

itálico não consta do original).

<sup>546</sup> IGNATIEFF, Michael. **Human rights as politics and idolatry**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2001, p. 57.

<sup>547</sup> As concepções individualistas do Ocidente contrastam com a visão de comunidade inerente às civilizações asiática e africana. LUCAS MARTÍN, Francisco Javier de. **El desafío de las fronteras**. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural. Madri: Ediciones Temas de Hoy, 1994, p. 59, salienta que nas culturas da Ásia e de África, o peso dos círculos sociais é maior que o do indivíduo; desta forma, os deveres deste para com a comunidade fazem parte de seu direito; por fim, seus valores radicarão na tradição, no *etos* e na educação.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 8. ed. Tradução de Alexandra Figueiredo, Ana Patrícia Duarte Baltazar, Catarina Lorga da Silva, Patrícia Matos, Vasco Gil. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 23. Título original: **Sociology**, apresenta um relato sobre a cultura japonesa que demonstra claramente as dificuldades de se impor àquele povo um quadro básico de valores

assimilação dos Direitos Humanos é, pois, impor uma visão ocidental.

O discurso relativista, portanto, por vezes comete o equívoco de justificar a autonomia dos valores de civilizações e culturas segundo uma ótica borrada por aspectos do *ocidentalismo*. É o que se evidencia em Donnelly ao entender que a democracia é ponto fundamental para o desenvolvimento de qualquer conjuntura de Direitos Humanos, e que a interpretação dos direitos políticos divergente desse postulado será inadmissível. Em suas palavras: “The meaning of “the right to political participation” is controversial, but an election in which a people were allowed to choose an absolute dictator for life (one man, one vote, once, as a West African quip put it) is simply indefensible.”<sup>548</sup>

Se, por um lado, o universalismo desliza para uma concepção *naïf* de moralidade legitimamente válida para o amparo dos Direitos Humanos entre todos os povos e, com isso, difunde, no campo filosófico, a percepção ocidental do Mundo, marcadamente eurocêntrica, e, no campo prático-político, uma tendência hegemônica da Europa e Estados Unidos, e o relativismo, por outro lado, para além de não se abstrair do *ocidentalismo*, incorre em antinomias e num parcialismo comprometedor da causa daqueles direitos, haverá uma linha discursiva provável para a solução do sistema problemático aqui posto a descoberto?

Para uma primeira aproximação à via de dissolução problemática, há de se referir que, no campo teórico (presumivelmente reflexo aos acontecimentos, ou à *praxis* política, social, econômica, e jurídica), se verifica um abrandamento dos pressupostos universalistas. Da defesa incondicional de

---

ocidentais. Em janeiro de 2000, uma comissão do governo publicou estudo sobre os objetivos a serem alcançados pelo Japão no século XXI, para fazer frente aos problemas globais, como a recessão econômica, elevado índice de desemprego e crescimento da criminalidade. Propunha-se, então, o abandono de certos valores de sua cultura, sob o argumento de que “a cultura japonesa valoriza demasiado a conformidade e a igualdade” e teria de “reduzir «o excessivo nível de homogeneidade e uniformidade» na sociedade.” O sociólogo britânico, não crê numa reformulação cultural japonesa, pois “Os valores e normas culturais estão profundamente interiorizados, sendo pois demasiado cedo para dizer se uma normativa governamental conseguirá alterar os valores tradicionais do Japão.”

<sup>548</sup> DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory & practice**. 2.de. Nova Iorque: Cornell University Press, 2002, p. 96.

uma moral válida intemporal e universalmente para a justificação dos Direitos Humanos, passou-se ao entendimento de que seu critério de legitimação se apoia em cada degrau de progresso humano. Verifica-se, igualmente, a tendência para o achatamento do relativismo, havendo autor que, embora negue uma filiação ao universalismo, propõe a delimitação da matéria dos Direitos Humanos num quadro de mínimo ético universalmente aceite. As duas vertentes quase estreitam relações, ou, pelo menos, tangenciam-se mutuamente em alguns pontos. É o necessário para aqui se descortinar uma via consensual.

### 4.2.3 Via Consensual

Diante das observações feitas, parece desarrazoado sustentar a validade de um sistema fechado de ideias – aquele que não admite uma certa porosidade com o exterior, por meio da qual possa permanecer vivificado pelo Mundo factual, onde se descreve a existência. As duas dimensões, saliente-se, são incompatíveis, pois o excesso de abstrações racionais e as planificações esquemáticas não corresponderão ao Mundo *de facto*. Prova-o bem Kant, quando se vê impossibilitado de exemplificar, numa zona diversa do puramente etéreo, um imperativo categórico<sup>549</sup>; ou Kelsen, com sua teoria de purificação do direito, coroada pela *Grundnorm*, categoria que estará isenta de influências metajurídicas, apesar de o Mundo do direito ser constituído por questões de âmbito sociológico, psicológico, político, moral<sup>550</sup>. O universalismo ortodoxo, que bebe na fonte da

<sup>549</sup> É o que se depreende do apriorismo das leis morais de Kant. O filósofo de Königsberg ao tratar do imperativo da moralidade, refere não poder demonstrá-lo “*por nenhum exemplo*, isto é empiricamente, se há por toda parte um tal imperativo” (KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, s/d, p. 56. Título original: **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**. Cf. a segunda secção, que trata da **Transição da filosofia moral popular para a metafísica dos costumes**, p. 39 e s. O itálico é do original).

<sup>550</sup> É conhecida a formulação kelseniana sobre a validade da norma produzida sob o suposto de uma norma autorizadora precedente, num escalonamento estabelecido em linha vertical, que culmina na *norma fundamental* (*Grundnorm*). Esta, contudo, que é fundamento de validade último, não contém substância, mas é, segundo o jurisfilósofo, apenas norma hipotética (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra:

metafísica, propondo a intemporalidade e a validade universal dos Direitos Humanos, sem apresentar critérios atestáveis, também se embrenhará por essa zona de grandes abstrações sem fazer concessões aos fenômenos e fatos facilmente evidenciáveis, passa a fazer parte do o rol dos sistemas fechados.

O discurso científico que foi voga até meados do século passado, compõe diversos sistemas fechados de ideias. Tendo como padrão a racionalidade cartesiana, refratária à interdisciplinaridade e, principalmente, a todo conhecimento que recebesse o rótulo de *doxa*, chegou a um ponto hiperbólico que, ao propor uma constituição parcelar, criando microcosmos científicos, cada qual excludente do outro, acabou por negar a ideia geral de ciência. A antropologia cultural, que dará suporte ao relativismo, parece isolar-se de outras realidades e conhecimentos, concentrando-se tão-somente na dissecação de aspectos culturais dos povos estudados, pondo de lado fatores como o crescimento populacional e o inevitável contato com grupos isolados de homens, as mudanças comportamentais potencializadas pela tecnologia e ciência, e, até mesmo, pela economia.

A prática científica, no entanto, é hoje, via de regra, escudada por pressupostos epistemológicos e por uma maior permeabilidade em relação a outros âmbitos dos saberes, tornando-se conciliável com a interdisciplinaridade. Os sistemas fechados de ideias, de um modo geral, vêm sendo alvo de protestos veementes, como o de Sousa Santos<sup>551</sup>. Já houve, inclusive, quem se insurgisse contra o “irracionalismo moderno”<sup>552</sup>, mentor do *mito do contexto*, cujo sentido de paroxismo aproxima-se do que aqui é referido, mas especificamente, do relativismo inicial.

O relativismo cultural insere-se, segundo o quadro epistemológico que aqui se desenha, no *mito do contexto*. Trata-se de uma via

---

Armênio Amado, 1984, p. 309-310. Título original: **Reine Rechtslehre**).

<sup>551</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 13. ed. Porto: Edições Afrontamento, 2002.

<sup>552</sup> POPPER, Karl. **O mito e do contexto**. Em defesa da ciência e da racionalidade. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 67-68. Título original: **The myth of the framework**.



determinista do pensamento moderno, nitidamente contrária ao humanismo, que encapsula as capacidades humanas em contextos culturais, de tal forma que entendimento mútuo entre pessoas e povos de culturas distintas, ou entre gerações e períodos históricos distanciados pelo tempo restaria impossibilitado<sup>553</sup>. Esta proposta, guiada em parte, não há dúvidas, pela intenção de preservação do acervo de valores de cada cultura e, já por isso, tendente a manter o que há de mais especial entre os homens, que é a diversidade, estabelece, no entanto, distâncias inconcebíveis para um Mundo cada vez menor. Mais que isso: impede o diálogo fluído, que deve integrar a experiência comunicativa do ser humano, o único expediente possível para o aperfeiçoamento da espécie.

Com efeito, as experiências comunicativas, que compreendem um aspecto inegavelmente *humano, demasiadamente humano*, terão permitido, entre os ocidentais, o compartilhamento de valores que formam a substância de sua civilização. O Ocidente transportou-se por muitas formas para os mais diversos recantos do Mundo, desde as descobertas. E por meio de contatos mantidos – é verdade – em relações verticais, algumas culturas ou sumiram por completo, ou assimilaram novos valores, crenças e normas costumeiras. A força do capitalismo, mais do que qualquer imposição militar, globalizou a economia e contribuiu para que o ocidentalismo se tornasse cada vez mais amplo. Assim, o Ocidente tornou-se hegemônico. Mas, nesse *mare magnum* de fenômenos, o que é a civilização ocidental?

Claro que ela não é a jóia lapidada a partir de uma matéria encontrada em estado bruto no continente europeu; nem ela se fez pelo decreto do *verbum* divino simplesmente do nada. Sua ancestralidade imemorial é de uma mescla das experiências comunicativas postas em prática pelos gregos e romanos, e por isso não estará incorreto Popper ao afirmar que “nossa civilização ocidental advém do choque, ou confronto, de diferentes culturas e, por conseguinte, do

---

<sup>553</sup> POPPER, Karl. **O mito e do contexto**. Em defesa da ciência e da racionalidade. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 68. Título original: **The myth of the framework**.

choque, ou confronto, de diferentes contextos.”<sup>554</sup> As duas civilizações da antiguidade eram inquietas e mantiveram contato com egípcios, persas, fenícios, judeus, assírios. É certo que o domínio militar, com a expansão dos gregos e romanos por largas extensões, foi uma imposição de sua civilização que, por isso, se infundiu em alguns povos. Os judeus, *v.g.*, possivelmente absorveram, como já se disse, muitos dos traços dos dois povos, não apenas no seu sistema jurídico, mas na filosofia<sup>555</sup>. O domínio de Roma incluía não só a Europa continental, mas as *insulae*, para além de parte da África e Oriente, o que foi conseguido pelas estratégias militares e políticas as quais dão origem à *Pax romana*. Houve, nesse período, a romanização de uma vasta extensão do Mundo. Mas nem gregos nem romanos estavam imunes às influências de outras culturas. O episódio que culmina com a redação da Septuaginta, é apenas um dos que se pode lembrar como influência do judaísmo entre os gregos<sup>556</sup>. Houve em Roma o interessante caso da conversão de Nero ao judaísmo, após suas incursões em Jerusalém.<sup>557</sup> A cristianização dos territórios romanos em fins da Idade Antiga, pela permissão dada pelo Imperador Constantino, por sua vez, não é apenas a ruptura com o paganismo, mas o início de um dos primeiros processos de Mundialização. Não se trata de obra que empeça *ex novo*: o cristianismo possui um núcleo de valores (solidariedade, caridade, para além das normas do decálogo) herdados do judaísmo. Não por outra razão se diz que a civilização ocidental descende de um tronco cultural judaico-cristão.

Se a civilização ocidental é já formada por um amalgama de

<sup>554</sup> POPPER, Karl. **O mito e do contexto**. Em defesa da ciência e da racionalidade. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 75. Título original: **The myth of the framework**.

<sup>555</sup> A filosofia talmúdica é dialética. Tratar-se-á de um aspecto originário (pelo fato de grande parte dos relatos e inspirações filosóficas terem chegado aos nossos dias, inicialmente, pela tradição oral) ou tributário dos gregos (que praticavam a filosofia peripatética)?

<sup>556</sup> Setenta e dois sábios judeus, seis de cada uma das 12 tribos, atendendo às ordens do rei Ptolomeu, vertem a **Torah** do hebraico para o grego, que, mais tarde, passou a ser a versão difundida por todo o Mundo (SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Pelos caminhos de Israel**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 15).

<sup>557</sup> Sabbá Guimarães esclarece, no entanto, que a conversão de Nero ao judaísmo foi um caso que considera “esdrúxulo”, pois o príncipe romano nunca nutriu simpatias pelo povo judeu e só “chegou às hostes do Judaísmo por pura superstição”. De qualquer forma, não se pode desconsiderar que o fato revela uma espécie de trânsito entre as duas civilizações. (SABBÁ GUIMARÃES, Newton. **A força do Judaísmo**. Texto inédito, gentilmente cedido pelo autor).

culturas, porque desde a antiguidade se concretizaram experiências comunicativas, não é improvável que outras interrelações estejam a ocorrer por meio de processos diferenciados de comunicação, como os que são determinados pela economia. O Japão, que já teve preeminência na economia do Mundo asiático até a década de noventa do século passado, plasmou novos valores à sua cultura, fato que não deve ser entendido pela ideia reducionista de capitulação à hegemonia do Ocidente. Muita coisa foi imposta aos japoneses, mas, na fase recente de sua História, o interesse em aproximar-se de certos padrões que lhes facultariam maior participação nas relações internacionais, pode ter sido fator de peso. A China, que hoje abriga potencialidades de liderança no mercado e economia globais, pode vir a agregar, pelas mesmas razões de seus vizinhos asiáticos, regramentos éticos aos que milenarmente fazem parte de seu modo de vida por meio das interrelações, o que levaria a reformular alguns de seus aspectos mais contrastantes com os Direitos Humanos.

Não se quer dizer que os abismos entre contextos possam ser *sempre* ultrapassados, mas que, simplesmente, *podem* ser ultrapassados<sup>558</sup>. As experiências comunicativas, portanto, não serão a via resolutive imediata dos problemas afetos aos Direitos Humanos, mormente os de sua admissibilidade Mundial. Mas se apresentam como via prático-teórica para, em primeiro lugar, conhecerem-se os obstáculos para sua efetivação e, em segundo lugar, aplanar os desníveis tendo em vista o objetivo de delimitar-se uma zona consensual. É o que alguns autores têm tentado ao erigirem um conjunto de pressupostos para uma epistemologia do Consensualismo que, a um só tempo, minimiza os obstáculos do relativismo cultural e propende para um universalismo realista assente no amplo espectro de matizes conceituais.

#### 4.2.3.1 Serão os contextos herméticos e incomunicáveis entre si?

---

<sup>558</sup> POPPER, Karl. **O mito e do contexto**. Em defesa da ciência e da racionalidade. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 74. Título original: **The myth of the framework**.

O Mundo tem se tornado, verdadeiramente, pequeno. Não somente por causa do crescimento populacional: uma outra sorte de fatores não tão evidentes diminui as distâncias, ligando os homens de todas as partes, permitindo-lhes trocas, inclusive as de natureza imaterial. A economia globalizada constitui-se uma via aberta de acesso a bens diversos, e também a costumes, valores, saberes. O imediatismo no contato com as realidades mundiais resulta, em parte, das trocas propiciadas através dos canais da Globalização, que transportam bens fungíveis, mas, também, a arte e cultura em geral, técnicas de mercado e estratégias de negociação, sistemas de operações financeiras, entre o Ocidente, a Ásia, a África. Isto tudo flui freneticamente e engrossa o que se pode considerar tráfego de saberes, que marca a contemporaneidade de um modelo de sociedade denominada por Lyotard de *société informatisée*<sup>559</sup>. Os saberes comunicam-se por mecanismos de tradição imediatos e impessoais: as pesquisas na *internet* trazem informações sobre fatos que estão a ocorrer em tempo real, da mesma forma que possibilitam os mais variados conhecimentos. Nada é imposto, nada é pessoalizado, a não ser o interesse da parte de quem recorre aos bancos de dados ou sítios de comunicação social. Por esse mecanismo, o Mundo toma conhecimento do que ocorre em Estados autocráticos fechados ao Ocidente, como a revolta de sírios contra o regime de Bashar Al-Assad, ou a marcha de iemenitas contra seu presidente Ali Abdullah Saleh; da mesma forma que se acompanham as invasões de índios pataxós a terras de agricultores no sul da Bahia, as investidas de soldados colombianos contra guerrilheiros das FARC, os massacres a civis em Estados como a Líbia, Egito e Síria, a indigência de crianças e idosos na Somália e no Sudão. O fenômeno da comunicação alterou comportamentos, e uma simples mensagem na *internet* pode mobilizar milhões de pessoas por todo Mundo em torno de uma causa, como a de adotar-se alguma medida de proteção ambiental; da mesma forma que imagens veiculadas eletronicamente sobre os suplícios causados por um regime de governo opressor a seu povo, (co)movem desde autoridades governamentais a cidadãos comuns. Diante de uma circunstância

---

<sup>559</sup> LYOTARD, Jean-François. **La condition postmoderne**. Paris: Les Éditions de Minuit, 2009, p. 11 e ss.

como a referida, poderá dizer-se que as culturas são contextos hermeticamente fechados, não interagindo uns com os outros?

Gil, ao tratar do processo empírico da Globalização, adverte sobre a impraticabilidade de qualquer teoria que desconsidere a diversidade cultural, mas entende possíveis as proposições que faz com a finalidade de filtrar alguns equívocos das teorias relativistas. Em primeiro lugar, sublinha o fato de que há certos traços comuns a todas as culturas, cujo reconhecimento se dá por meio de exclusão de aspectos concretos que as definem; “sont des traits essentiels appartenant à la nature humaine”.<sup>560</sup> Em segundo lugar, nota que há maneiras comuns de os homens adaptarem-se aos seus *ambientes vitais*, desenvolvendo modos de utilização de sinais e informações. Em terceiro lugar, o autor lembra que a diversidade cultural decorre mais da importância dada a certos aspectos num contexto cultural, do que pela presença ou ausência absoluta deles. Em quarto lugar, observa que a heterogeneidade cultural é maior do que se pensa, de sorte que “la diversité intraculturelle d'une certaine population est comparable avec la diversité interculturelle de l'humanité”. Isto quer dizer que as condições referidas à comunicação no interior da comunidade são análogas às condições, com todas as dificuldades ou possibilidades, da comunicação entre culturas.<sup>561</sup> Em quinto lugar, observa que as culturas não são estáticas, que se desenvolvem e transformam-se. Com efeito, observa-se que “Il y a les phénomènes de l'évolution culturelle, de la diffusion des certains traits culturels et, en général, de la adaptation à des nouveaux environnements”, de maneira que o isolamento cultural é, praticamente, uma exceção<sup>562</sup>. Finalmente, Gil entende não mais existirem culturas puras, mas “des

---

<sup>560</sup> GIL, Thomas. Le processus empirique de la globalisation et les droits fondamentaux. In PALLARD, Henri; TZITZIS, Stamatios. **La Mondialisation et la question des Droits fondamentaux**. Québec: Presses de l'Université Laval, 2003, p. 26. De fato, retirando-se aspectos rituais e da normatização moral religiosa e legal, pode pensar-se na constituição da família como fator comum a todas as culturas.

<sup>561</sup> GIL, Thomas. Le processus empirique de la globalisation et les droits fondamentaux. In PALLARD, Henri; TZITZIS, Stamatios. **La Mondialisation et la question des Droits fondamentaux**. Québec: Presses de l'Université Laval, 2003, p. 26.

<sup>562</sup> GIL, Thomas. Le processus empirique de la globalisation et les droits fondamentaux. In PALLARD, Henri; TZITZIS, Stamatios. **La Mondialisation et la question des Droits fondamentaux**. Québec: Presses de l'Université Laval, 2003, p. 26-27. Poder-se-ia colacionar

cultures que sont le résultat très complexe de plusieurs échanges et mélanges culturels.”<sup>563</sup>

O professor da Universidade Técnica de Berlim, após limar as arestas que excedem do relativismo, demonstrando que os contextos culturais não são, atualmente, nem puros nem absolutamente originais, esclarece que se pode prescindir da demonstração de uma natureza humana para se chegar a um acordo em torno dos Direitos Humanos. Ninguém duvidará, por exemplo, que o homem, enquanto ser autônomo, necessita desenvolver sua vida em liberdade; e, também, sem ser afligido com dores físicas. Para realizar-se e poder atuar na sociedade moderna, deverá dispor de meios econômicos e outros recursos materiais, etc.<sup>564</sup>

Pode dizer-se que a contribuição teórica de Gil tem o mérito de colocar em causa aspectos que são ou evitados ou mitificados pelo relativismo cultural. O principal concerne na afirmação, a um só tempo óbvia e fundamental, de que as culturas antes de serem estáticas propendem para modificações. Claro que o *colonialismo cultural* existe e não pode ser refutado como um dos efeitos da hegemonia ocidental, que se verifica desde o período dos Impérios europeus ao crescimento econômico norteamericano que deu suporte à disseminação de um *american way of life*, implicando na intrusão da civilização Ocidental em culturas antes autênticas. Mas, também, o processo evolutivo das culturas, com a consumação da aceitação de novos costumes, que passam a compor o código de normas de uma sociedade, é fenômeno que integra a ordem natural das coisas. No entanto, ao elaborar uma lista exemplificativa (não exaustiva) de Direitos Humanos

---

inúmeros exemplos disso, desde os índios da região amazônica, que exploram madeiras nobres e acessam a variadas formas de comunicação eletrônica, a beduínos que estacionam suas Mercedes em frente de tendas armadas no deserto, tudo levando a crer que as culturas tradicionais mesclam aspectos comuns da modernidade ocidental. Contudo, já serão escassos os exemplos de sociedades tradicionais, completamente isoladas de contatos com outras culturas.

<sup>563</sup> GIL, Thomas. Le processus empirique de la globalisation et les droits fondamentaux. In PALLARD, Henri; TZITZIS, Stamatios. **La Mondialisation et la question des Droits fondamentaux**. Québec: Presses de l'Université Laval, 2003, p. 27.

<sup>564</sup> GIL, Thomas. Le processus empirique de la globalisation et les droits fondamentaux. In PALLARD, Henri; TZITZIS, Stamatios. **La Mondialisation et la question des Droits fondamentaux**. Québec: Presses de l'Université Laval, 2003, p. 27.

o autor, procura pôr em evidência algumas necessidades do homem em relação às quais, segundo sustenta, ninguém discordará. Sua perspectiva engloba os direitos individuais e não destoa do ideário liberal e de uma concepção individualista do ser humano, que inclui a ideia de realização pessoal num plano mais material do que transcendental. Parece arriscado, contudo, por mais que se fale da inexistência de culturas puras e de originalidade no complexo normativo de uma comunidade, pensar-se em termos de uma *sociedade moderna do Mundo atual*, cuja noção anda atrelada ao modelo ocidental, pois acaba desconsiderando outras formas comunitárias<sup>565</sup>.

#### 4.2.3.2 Haverá um discurso ético partilhável entre todos os homens que fundamente um núcleo irreduzível de Direitos Humanos?

A perspectiva sócio-cultural tipicamente eurocêntrica pode interferir, como se vê, na construção teórica de um modelo de superação das dificuldades impostas pelos contextos. Especialmente quando se pretende criar um catálogo de valores universalizáveis. Desta forma, o perspectivismo deverá ser abrandado o quanto possível por meio de um método que não se filie aos critérios científicos da antropologia ou da História, mais propriamente do historicismo radical. Karl-Otto Apel, que adverte, em seu artigo **La pragmática trascendental y los problemas éticos norte-sur**, não ser completamente adepto da relativização das pretensões de universalidade da razão<sup>566</sup> - podendo-se considerá-lo, por isso, um pensador que descreve a via consensual -, destaca o *impacto* do eurocentrismo sobre o pensamento do filósofo. Para evitá-lo, no entanto, engendra as linhas mestras para a prática do *discurso argumentativo*, que tem como ponto

<sup>565</sup> Não apenas as comunidades de cultura tradicional prescindem de uma realização pessoal. Israel, que possui metrópoles como qualquer grande centro urbano, abriga, contudo, *kibutzim*, onde a organização de seus membros é comunitária, de modo que os vínculos entre os *haverim* supera o modo de vida ocidental por não exigir disputas e destaques pessoais.

<sup>566</sup> APEL, Karl-Otto. *La pragmática trascendental y los problemas éticos norte-sur*. In DUSSEL, Enrique; APEL, Karl-Otto. **Ética del discurso y Ética de la liberación**. Madri: Editorial Trotta, 2005, p. 128.

referencial a teoria luhmanniana sobre os sistemas sociais. Contudo, divergindo num ponto fundamental.

Os processos comunicativos e de interação humanos ocorrem, conforme propõe Luhmann, no interior do sistema social. No entanto, Apel diverge desse posicionamento, entendendo que eles não estão condicionados pelas funções que podem ter dentro de diferentes sistemas, nem que se reduzem ao espaço interno: haverá, ao contrário, uma inevitável tensão entre comunicação e interação do Mundo da vida, por um lado, e sua alienação nos sistemas sociais funcionais, por outro. Essa tensão resulta do fato de que a comunicação do Mundo da vida tem pretensões de validade universal, que só podem obter êxito por meio do discurso argumentativo<sup>567</sup>.

Os sistemas sociais consolidam seu funcionamento de forma orgânica, pressupondo, evidentemente, as interrelações e os processos comunicativos. Mas o discurso argumentativo ultrapassa esse esquema, por constituir uma *meta-instituição transcendental*, que se contraporá, raciocina Apel, ao sistema social. Por outras palavras, o discurso argumentativo, deve ter em conta não apenas que as pessoas são integrantes de uma comunidade real de comunicação, com toda a carga que lhe dá identidade, antecedentes históricos de tradição e de pré-compreensão do Mundo, mas, também, que são membros de uma comunidade ideal de comunicação que, em verdade, não existe, mas que deve ser pressuposta e “incluso anticiparse contrafácticamente como existente em todo argumento serio.”<sup>568</sup> Transpondo esta tese para o Mundo fático, poderá, então, dizer-se que um sistema social apresenta uma tensão entre os valores que lhe dão identidade (os valores históricos e culturais) e se manifestam em sua vida e a esfera do ideal, que deve ser pressuposta como existente e que, segundo aqui se

---

<sup>567</sup> APEL, Karl-Otto. La pragmática trascendental y los problemas éticos norte-sur. In DUSSEL, Enrique; APEL, Karl-Otto. **Ética del discurso y Ética de la liberación**. Madri: Editorial Trotta, 2005, p. 129.

<sup>568</sup> APEL, Karl-Otto. La pragmática trascendental y los problemas éticos norte-sur. In DUSSEL, Enrique; APEL, Karl-Otto. **Ética del discurso y Ética de la liberación**. Madri: Editorial Trotta, 2005, p. 132.



entende, pode dar causa à dinâmica social, inclusive proporcionando as transformações culturais.

O processo crítico-dialético imaginado por Apel é já, só por si, envolto em dificuldades com as quais normalmente não se está habituado, como a sua incompatibilidade com o empirismo e, pois, a impossibilidade de atestarem-se resultados. Em seu trabalho sobre **La globalización y la necesidad de una ética universal**, o autor, ao tratar dos desafios teóricos e filosóficos que envolvem o discurso dos Direitos Humanos frente ao multiculturalismo, propõe que a *reflexão transcendental* sobre os pressupostos procedimentais da argumentação (de um discurso ético) ultrapassa o âmbito das *doutrinas compreensivas* (dependentes da metafísica e da religião), mas é o método possível para evitar a metafísica e a dependência cultural. A argumentação não recorre, igualmente, a fatos empíricos, nem nela se trata a investigação antropológica ou sociológica, pois que o processo discursivo indagará os princípios morais os quais devemos reconhecer “si incluso [...] consideramos todas las formas de *ethos* empíricamente dadas sólo como *hechos convencionales* de los cuales no pueden ser derivados ni normas vinculantes ni compromisos morales.”<sup>569</sup>.

A tese de Apel apresenta rasgos de kantismo, como ele próprio confessa ao referir que o *principio procedimental de consenso* da Ética do discurso é uma transformação do princípio kantiano da universalização, pois que “exige un *consenso posible de todas las personas afectadas* con atención a los efectos probables de una obediencia universal de las normas que podrían ser propuestas en el discurso práctico.”<sup>570</sup> Neste sentido, o discurso prestar-se-á não para determinar um catálogo de Direitos Humanos, mas para realizar um controle dos limites éticos aceitáveis universalmente, ou, como o próprio autor explica,

---

<sup>569</sup> APEL, Karl-Otto. **La globalización y una ética de la responsabilidad**: reflexiones acerca de la globalización. Tradução ao espanhol de Ricardo Maliandi. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2007, p. 169. O itálico é do original.

<sup>570</sup> APEL, Karl-Otto. **La globalización y una ética de la responsabilidad**: reflexiones acerca de la globalización. Tradução ao espanhol de Ricardo Maliandi. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2007, p. 169. O itálico é do original.

“puede servir como una idea regulativa, incluso para las condiciones tradicional y multiculturalmente cambiantes bajo las cuales debe alcanzarse un «consenso solapado».”<sup>571</sup>

O filósofo alemão dá um passo importante para se pavimentar a via consensual dos Direitos Humanos, na medida em que justifica a necessidade de o discurso argumentativo ter em consideração um certo nível de abstração, que descola o estudioso da zona de riscos etnocêntricos. Claro que este processo discursivo é, segundo aqui se entende, incompatível com o método empregue nas teorias compreensivas, que arrancam da base metafísica e da moral religiosa, e, *a fortiori*, com as doutrinas comunitaristas, que não ultrapassam a esfera onde se encontram os vínculos comunitários e históricos, retomando, por isso, o *lógos* hegeliano. Sua pretensão é, pois, a de fundar um discurso ético universal evitando o etnocentrismo. No entanto, se, por um lado, a condição de obter-se o *consenso possível de todas as pessoas afetadas* pelos efeitos prováveis da obediência das normas ditadas pelo discurso prático ultrapassa os limites comunitaristas, inclusive os da filosofia da linguagem como a de Wittgenstein, quem coloca o problema ético dentro dos marcos dos *jogos de linguagem* e das *semelhanças de família*, por outro reenvia o processo discursivo, inapelavelmente, para a zona metafísica regrada pelo princípio da universalização do *bom* (como valor moral), em razão do juízo de valor exigido a todas as pessoas afetadas pelas normas. Aqui a abstração perseguida por Apel corre o risco de confundir-se com o idealismo. Qual a solução?

Acílio Rocha desenvolve uma teoria consensual em que entende possível um discurso ético universal desligado do etnocentrismo, mas, ao contrário de Apel, a via escolhida não descarta de observações sobre aspectos antropológicos e historicamente atestáveis. A solução do problema da contraposição do universalismo ao relativismo deve procurar, por um lado, a superação do etnocentrismo, estigma que acompanha os universalistas e, por outro lado, deduzir

---

<sup>571</sup> APEL, Karl-Otto. **La globalización y una ética de la responsabilidad**: reflexiones acerca de la globalización. Tradução ao espanhol de Ricardo Maliandi. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2007, p. 169. O itálico é do original

um mínimo ético possível universalmente aceito. O problema relacionado com o etnocentrismo é enfrentado por meio da abstração que, segundo o professor da Universidade do Minho, “é indispensável para qualquer raciocínio lógico ou científico e não constitui património exclusivo das posições éticas universalistas.”<sup>572</sup> Este procedimento metodológico, necessário ao desenvolvimento teórico, não deve, no entanto, ser confundido com a *idealização*, que significa “a inclusão seletiva de dados que podem perfeitamente faltar nos agentes reais.”<sup>573</sup> Isto quer dizer que a abstração pretendida é a que se afasta das circunstâncias culturais que possam tisonar a teoria de manchas etnocêntricas. Já o problema afeto ao relativismo é vencido com a observação de que o Mundo não é resultante de entrechoques culturais, como se cada cultura fosse uma totalidade que não se mescla. Não há, portanto, uma absoluta autenticidade cultural, o que é demonstrado ao ter-se em consideração que os “grandes conjuntos civilizacionais, como o do Islão ou o do Ocidente, procedem por trocas e intercâmbios. A civilização islâmica, por exemplo, é híbrida, desde a herança persa, bizantina, romana, turco-mongol, a partir dos séculos XI-XII, ou das relações com o mundo ocidental.”<sup>574</sup>

Por mais que as diferenças culturais se oponham ao sentido universal de ética (cuja função é estabelecer uma “ideia comum de humanidade”), há valores historicamente reconhecidos e conquistados que são universalizáveis, como a liberdade, a igualdade, a justiça, a paz, a dignidade e a educação. O problema do relativismo cultural *versus* universalismo ético cinge-se, portanto, ao confronto de valores próprios espacial e temporalmente determinados e os valores éticos, que dizem respeito à humanidade. Desta forma delimitado o problema, a

---

<sup>572</sup> ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. **Relativismo versus Universalismo Ético**. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1822/8734>>. Acesso em: 5.03.12.

<sup>573</sup> ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. **Relativismo versus Universalismo Ético**. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1822/8734>>. Acesso em: 5.03.12.

<sup>574</sup> ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. **Relativismo versus Universalismo Ético**. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1822/8734>>. Acesso em: 5.03.12.

hipótese de sua solução passa pela identificação de uma “ética mínima”, ou seja, “um mínimo de valores éticos transculturais.”<sup>575</sup>

Os critérios para a determinação de valores universais são, em geral, os que ou advogam a imparcialidade ou que os que se preocupam com as consequências. O primeiro caracteriza-se pelo transcendentalismo, como o de Kant ou de Rawls: “desde um suposto estado de natureza ou duma suposta razão universal, determinam-se os princípios fundamentais da justiça.” Pelo segundo critério, tenta demonstrar-se que certos valores devem ser universalmente aceitos por estarem associados a uma ideia de progresso e de modernização das sociedades industriais. Claro que aqui as críticas se dirigem aos próprios conceitos de progresso e de modernização e da implicação mútua dos dois<sup>576</sup>. É comum associar-se a modernidade tardia a uma maior consideração da dignidade da pessoa humana (que, aliás, é princípio jusfundamental positivado nas Constituições dos Estados de direito democráticos), disso derivando um elevado nível de políticas de atenção às pessoas; mas esse modelo de modernidade político-humanista do presente momento histórico não garantirá, só por si, a efetiva proteção dos Direitos Humanos em nível planetário, bastando para demonstrar-se esta afirmação lembrar-se o fato de que há regimes de governo autocráticos que suprimem liberdades (o regime castrista de Cuba é exemplo patente disso) e que demonstram pouco apreço à vida humana (o mais evidente exemplo atual está na Síria, de Bashar Al-Assad)<sup>577</sup>.

<sup>575</sup> ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. **Relativismo versus Universalismo Ético**. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1822/8734>>. Acesso em: 5.03.12.

<sup>576</sup> ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. **Relativismo versus Universalismo Ético**. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1822/8734>>. Acesso em: 5.03.12.

<sup>577</sup> Outros exemplos poderiam ser acrescidos, mas parece veemente o que Miranda, a propósito de tratar dos conflitos armados, refere em relação ao aprimoramento dos “meios de destruição” utilizados em guerras modernas. Se no início do século XIX as vítimas dos confrontos representavam, em torno, de 90% de militares, no início do século XXI o mesmo percentual aplica-se às populações civis (MIRANDA, Jorge. **Curso de direito internacional público**. 4. ed. rev. e atual. Cascais: Principia, 2009, p. 263 e nota 9).  
CHOMSKY, Noam. «Recuperación de los derechos»: uno camino sinuoso. In GIBNEY Matthew J. **La globalización de los derechos humanos**. Tradução ao espanhol de Helena Recassens Pons. Madri: Editorial Crítica, 2003, p. 52-86. Título original: **Globalizing rights**, ao fazer longa incursão sobre um Mundo em que a preocupação com os Direitos Humanos contrasta com sinais

Por outro lado, se hoje já não se pensa na História de modo teleológico, e a própria controvérsia em torno de uma questão que era central no positivismo, a do progresso, deixou de ter qualquer importância para os estudiosos, as ideias *comunitaristas*, em direto confronto com o universalismo, tentam demonstrar que o homem é determinado pelos seus vínculos históricos e culturais. Por isso, “deduzem os chamados comunitaristas que a universalidade é um ideal impossível e inútil: não serve para a coesão da humanidade”, além de afirmarem que a base racional do universalismo esbarra em limites intransponíveis formados pela pluralidade cultural<sup>578</sup>. Esta vertente do pensamento põe em causa uma série de asserções de raiz kantiana, como a prioridade dos direitos do indivíduo, a prioridade do “eu” sobre os fins, a prioridade do justo sobre o bom<sup>579</sup>.

Estabelecidos os dois principais âmbitos teóricos em colisão, Rocha passa a dissecar sobre os absolutos éticos. O primeiro deles, será a ideia de Justiça, isto é, a ideia dos “princípios, das condições e dos conteúdos susceptíveis de definir uma sociedade justa.”<sup>580</sup> A Justiça é, com efeito, “bem transcultural” e vai, num sentido amplo, aliar-se às pretensões de “reconhecimento e respeito pela dignidade e integridade de cada um e a rejeição da situação de dominação e de violência.”<sup>581</sup> A dignidade da pessoa humana, por sua vez, tem sido confirmada historicamente por vários documentos políticos e em formas diversas: o direito à educação, o direito à livre expressão, a igualdade de

---

ainda intensos de agressões ao homem, destacando situações que tornam os mais desfavorecidos sujeitos à vitimização, desde mortes e mutilações causadas por artefatos de guerra, como os minas anti-pessoais, ao desamparo emergido de abismos sociais, leva-nos a refletir se sobre a falta de paralelismo entre a modernidade e uma melhor qualidade de vida nas regiões periféricas.

<sup>578</sup> ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. **Relativismo versus Universalismo Ético**. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1822/8734>>. Acesso em: 5.03.12.

<sup>579</sup> ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. **Relativismo versus Universalismo Ético**. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1822/8734>>. Acesso em: 5.03.12.

<sup>580</sup> ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. **Relativismo versus Universalismo Ético**. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1822/8734>>. Acesso em: 5.03.12.

<sup>581</sup> ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. **Relativismo versus Universalismo Ético**. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1822/8734>>. Acesso em: 5.03.12.

oportunidades, a não discriminação por motivos de raça ou sexo, a obrigação de proteger idosos e crianças etc<sup>582</sup>.

Daqui o filósofo português fixa duas premissas relativamente à sua tese para uma ética universal: em primeiro lugar, que a diversidade cultural não se contrapõe, necessariamente, à ideia de ética. Diga-se, em verdade, retomando-se esta relação num sentido inverso, que “a defesa ou a conservação das identidades ou diferenças culturais é eticamente aceitável sempre e quando não contradiga alguma dessas notas que integram semanticamente o conceito de justiça.”<sup>583</sup> Dessa forma, as normas culturais que ponham em causa a integridade física, a vida, a liberdade das pessoas, que agravem a situação das mulheres, não merecerão “o respeito de povos, nações ou indivíduos.”<sup>584</sup> Em segundo lugar, partindo-se igualmente da noção de respeito à diversidade cultural, os bens ou fins que se conformam à ideia de felicidade individual devem ser respeitados se não causarem dano nem impedirem o exercício dos direitos fundamentais. Um tal critério, contudo, encontra dificuldades para aplicação por três razões: em primeiro lugar, não existe uma clara fronteira entre os deveres da Justiça e os bens da felicidade; em segundo lugar, o conteúdo da Justiça tende historicamente a ser ampliado; finalmente, considera-se que os modos de impor a Justiça são diferentes e há de se escolher aqueles que menos afetem os bens culturais<sup>585</sup>.

Para criar condições favoráveis à universalização da ética pelas concretizações da Justiça, Rocha refere que os direitos relacionados com a satisfação de *necessidades básicas* não podem sujeitar-se à negociação e às decisões majoritárias. Por outras palavras, as decisões que tenham o escopo de reduzir os limites dessa reserva são ilegítimas, contradizendo o próprio conceito de

---

<sup>582</sup> ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. **Relativismo versus Universalismo Ético**. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1822/8734>>. Acesso em: 5.03.12.

<sup>583</sup> ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. **Relativismo versus Universalismo Ético**. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1822/8734>>. Acesso em: 5.03.12.

<sup>584</sup> ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. **Relativismo versus Universalismo Ético**. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1822/8734>>. Acesso em: 5.03.12.

<sup>585</sup> ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. **Relativismo versus Universalismo Ético**. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1822/8734>>. Acesso em: 5.03.12.

Justiça<sup>586</sup>. As *necessidades básicas*, por outro lado, dependem de implementações ou prestações, de forma que as autoridades nacionais estarão, “*prima facie* eticamente obrigadas a possibilitar a todos os habitantes o gozo dos direitos vinculados com a satisfação” dessas necessidades<sup>587</sup>.

O dever ético da autoridade do poder público dirige-se à homogeneização das condições necessárias ao desenvolvimento humano. Mas isso implica na aceitação, por todos os membros da comunidade, da implementação dos bens referidos às *necessidades básicas*, inclusive pelas minorias. Desse modo, convergirão para o sentido de homogeneização as imposições de certas políticas, “ainda que contra a vontade dos seus destinatários.” O autor, a propósito de clarificar suas ideias, refere que “A obrigação de escolaridade, por exemplo, não fica sujeita ao consentimento das crianças ou de seus pais”<sup>588</sup>, podendo, por isso, ser imposta pela autoridade do Estado. Mas qual o escopo da satisfação dessas necessidades, inclusive pela imposição?

Segundo sustenta o autor, o indivíduo deve ser considerado um *agente moral*, cujo *status* requer a satisfação das *necessidades básicas* relacionadas com o desenvolvimento humano condigno e a detenção de autonomia pessoal. O cumprimento do primeiro requisito implica na potenciação da autonomia. Mas como o conceito de sociedade justa – onde ocorre a satisfação das *necessidades básicas* - antes de ser inerme – podendo ser graduado e evoluir –, há de se estabelecer um padrão de seu ponto ótimo por meio de comparações. Por esta linha de raciocínio, o exame analítico visando a otimização ética não descartará o procedimento de comparações: “entre duas formas de organização social, que satisfaçam as necessidades básicas, preferir-se-á aquela que assegure maior liberdade individual.”<sup>589</sup> O problema que se apresenta, no entanto, é referido

---

<sup>586</sup> ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. **Relativismo versus Universalismo Ético**. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1822/8734>>. Acesso em: 5.03.12.

<sup>587</sup> ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. **Relativismo versus Universalismo Ético**. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1822/8734>>. Acesso em: 5.03.12.

<sup>588</sup> ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. **Relativismo versus Universalismo Ético**. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1822/8734>>. Acesso em: 5.03.12.

<sup>589</sup> ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. **Relativismo versus Universalismo Ético**. Disponível em:

aos limites da imposição de concretização das *necessidades básicas*, especialmente em sociedades que são formadas de um pluralismo cultural. Até que ponto são aceitáveis as planificações dessa Justiça às minorias?

O dever de aceder ao discurso ético pressupõe, em primeiro lugar, a rejeição do relativismo cultural, de maneira a que não haja empecilhos para se afirmarem os direitos e deveres que exijam aceitação universal; em segundo lugar, que se considere o indivíduo como agente moral, de forma a que o comunitarismo não prepondere sobre a eleição dos bens e interesses dos homens; e, por último, que se admita a possibilidade de crítica e superação das formas de vida coletiva, “o que exige a adopção de uma atitude crítica frente às normas de comportamento e às crenças vigentes.”<sup>590</sup> Em conformidade com isso, o autor pretende que a ética universal, por um lado, não seja dirigida a um determinado modelo de sociedade. O respeito à diversidade (normativo-social e cultural) encontra amparo na ética e, a propósito, dimana de um imperativo ético. Por outro lado, em consequência da pluralidade cultural, a noção substancial de Justiça estará sempre a adaptar-se à dialética crítica operada em razão dos confrontos de realidades, do que se exclui a hipótese de uma “universalização por uniformização.”<sup>591</sup>

As propostas de Acílio Rocha têm o mérito de inovar metodologicamente o enfrentamento do problema da aceitação e efetivação dos Direitos Humanos. O discurso de uma ética universalizável ultrapassa os pressupostos kantistas uma vez que, ao admitir a diversidade e o direito à identidade cultural, o autor toma consciência dos riscos do etnocentrismo e da uniformização de um conteúdo dos Direitos Humanos. Por isso, não descarta dos aspectos antropológicos e históricos, inegáveis referenciais para a análise do tema e para se ter uma suficiente compreensão sobre a dinâmica das dissidências

---

<<http://hdl.handle.net/1822/8734>>. Acesso em: 5.03.12.

<sup>590</sup> ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. **Relativismo versus Universalismo Ético**. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1822/8734>>. Acesso em: 5.03.12.

<sup>591</sup> ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. **Relativismo versus Universalismo Ético**. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1822/8734>>. Acesso em: 5.03.12.



internas de cada cultura, que possibilitam as mudanças. Mas ao optar pela substantivação ética da Justiça, destacando seu primado como valor universal, não cuida de que esta ideia pode submeter-se a aferições morais, isto é, às *concepções compreensivas*. Por outras palavras, o aspecto substantivo de Justiça e de sua realização variará de acordo com os referenciais culturais. Se no Ocidente a via resolutive dos conflitos se dá pela sua judicialização e, portanto, recorrentemente à prestação estatal, entre os povos de cultura tradicional e asiáticos espera-se pouco do poder político, procurando-se a conciliação e as mediações<sup>592</sup>. A ideia substantiva de Justiça, inclusive no sentido empregue por Rocha, que a vincula ao conjunto de princípios, condições e conteúdos capazes de definir uma sociedade justa, também encontra sérias dificuldades materiais. Já para não se falar que a dignidade da pessoa humana, valor atrelado à ideia de Justiça, abre-se para um imenso campo ontológico, não sendo suficiente uma sua acepção geral em conformidade com a confirmação histórica dos direitos de liberdades (física, de expressão, de consciência) pelas cartas políticas – representativas, diga-se, do modelo político-constitucional dos Estados democráticos do eixo ocidental.

Embora Rocha tenha presente em seu raciocínio a modernidade tardia, faz a ideia de satisfação das *necessidades básicas* depender da atuação estatal, nos estritos limites políticos do Estado-nação. Na atualidade, esta configuração tem sofrido muitas adaptações ditadas pela circunstância da Globalização e pela criação de espaços transnacionais de política, sendo o mais preeminente deles a União Europeia. De modo que certas decisões, inclusive relativamente às *necessidades básicas*, são tomadas em âmbitos cada vez

---

<sup>592</sup> ROULAND, Norbert. **Nos confins do direito**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 81. Título original: **Aux confins du droit**. Se é verdade que num Estado como a China o reduzido número de advogados em comparação com os Estados Unidos pode ter outras explicações para além da vocação cultural para evitar a judicialização dos conflitos, merece especial atenção o que ocorre no Japão, que é um Estado democrático onde se promovem liberdades civis e políticas. Rouland menciona que na segunda metade da década de 1980 o número de processos parecia estagnado, não ultrapassando os 350 mil por ano, para uma população de 120 milhões de pessoas; e o efetivo de profissionais do direito não chegava aos 21 mil; por outro lado, o autor menciona que os procedimentos não contenciosos de conciliação chegam a 250 mil por ano (p. 82-83).

maiores, ultrapassando os limites clássicos do Estado-nação. A propósito disso, o pensamento do autor, que parece filiar-se à ala progressista do socialismo, põe mais em evidência a satisfação das *necessidades básicas*, inclusive pela imposição do poder político, do que à formação consciente e espontânea da autonomia pessoal. O rigorismo dessa ideia é mitigado no plano das comparações, pelo que a sociedade que aliar a satisfação das *necessidades básicas* a um bom índice de liberdade individual será preferível em relação a que cuidar apenas daquelas.

O outro problema reside justamente no aspecto crítico que deve nortear as comparações. Rocha entende, com uma *ratio* destinada a romper o relativismo, necessária a formulação crítica das análises das organizações sociais, sem que se incorra numa atitude de prepotência ocidental. Mas os parâmetros dos bens por si referidos que formam o substrato das *necessidades básicas* são, inequivocamente, de raiz ocidental.

No entanto, essa via metodológica que coloca em jogo as comparações e a crítica às organizações sociais, ultrapassa, em certa medida, ressaltando-se o aspecto compromissório de substantivação da Justiça, as *concepções compreensivas* (morais e religiosas), podendo ser levada a efeito pelo processo discursivo da política.

#### 4.2.3.3 Consenso sobreposto como estratégia política de respeito e efetivação dos Direitos Humanos

O fato de registrar-se na História da *intelligentsia* ocidental, desde o medievo até os dias de hoje, uma filosofia dedicada a problemas relacionados com a dignidade, a tolerância, a liberdade, a felicidade, que se enfeixam ao complexo ideativo de Direitos Humanos, causa dificuldades para a compreensão de outras mundividências. Em razão disso, por mais que se tente adotar uma postura de neutralidade axiológica, os riscos de etnocentrismo são

reais, e geralmente o estudioso partirá de conceitos consagrados no Ocidente, ou, pelo menos, estará de irremediavelmente afetado por eles. O pensamento liberal contemporâneo, contudo, que ao invés de ingressar na zona da metafísica se preocupa com a realização da pessoa no plano individual, apresenta planificações para a prática dos Direitos Humanos assentadas em dois fundamentais pressupostos metodológicos que ambicionam a isenção do etnocentrismo: primeiro, leva a cabo uma crítica ao universalismo *naïf*, sem descartar a pretensão de criar uma zona de consenso que deve evitar as *concepções compreensivas*; depois, estrutura uma linha discursiva que pretende ser indiferente ao relativismo, sem descurar do respeito à diversidade cultural (apesar de, por vezes, defender uma concepção de multiculturalismo responsável pela *guetização* de minorias).

A base para a efetivação dos Direitos Humanos, por essa vertente teórica, não depende tanto de sua proclamação formal, mas da procura de consenso político em torno deles. Para Ignatieff, a compreensão dos Direitos Humanos como linguagem, não pela proclamação formal de *verdades eternas* (*eternal verities*), mas pelo discurso que tenha por escopo tratar dos conflitos, é uma via adequada que os pode tornar menos imperiais (*less imperial*)<sup>593</sup>. Já não haverá o suposto de uma concepção inegociável e fechada de direitos, mas de um quadro básico que se aplicará à via consensual. “At best – diz o autor canadense –, rights create a common framework, a common set of reference points that can assist parties in conflict to deliberate together.”<sup>594</sup> Mesmo assim, é ilusório pensar-se que o recurso a uma linguagem comum será o método infalível para a definição substantiva dos Direitos Humanos. O autor lembra que na discussão sobre o aborto nos Estados Unidos, qualquer das partes concordará que o uso desumano da vida deve ser proibido e, portanto, que a vida humana deve ser objeto de proteção legal e moral; mas as dificuldades se localizam no campo em que se diverge sobre o momento do começo da existência e sobre qual indicativo de direito deve

<sup>593</sup> IGNATIEFF, Michael. **Human rights as politics and idolatry**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2001, p. 20.

<sup>594</sup> IGNATIEFF, Michael. **Human rights as politics and idolatry**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2001, p. 20.

prevalecer, o da livre disposição do corpo pela mãe ou o da vida do feto<sup>595</sup>. Disso se depreende que a via política de consenso não é simples, havendo a necessidade da concorrência de outros fatores, como a discussão exaustiva, o reconhecimento e o respeito mútuos, que devem estar presentes juntamente com o compromisso com princípios universais<sup>596</sup>.

Donnelly, por sua vez, revela algum ceticismo ao enfatizar uma natureza limitada do consenso sobre o modelo da Declaração Universal, chegando à conclusão de que somente uma pequena lista de valores poderá ser compartilhada por toda humanidade. Antes de mais, ressalta que o consenso sobreposto (*overlapping consensus*) daquele modelo não é um consenso *transistórico antropológico*, podendo por isso afirmar que só nas sociedades contemporâneas se admite que o ser humano possui certos direitos inalienáveis<sup>597</sup>. Além do mais, a participação no consenso só será possível para os que entenderem o ser humano como categoria moral, dotado de autonomia<sup>598</sup>. A estreiteza do âmbito consensual descrito pelo autor, no entanto, não se equipara a uma posição de relativismo cultural forte: declara, como arremate de seu posicionamento, haver uma obrigação moral que nos compele a censurar a prática de atos degradantes da dignidade da pessoa humana, como, *v.g.*, a escravidão e outras formas de dominação<sup>599</sup>.

Já se sabe que esta vertente teórica põe em causa o modelo da Declaração Universal e que a linguagem dos Direitos Humanos não se constitui pela simples conceituação formal, pois há conflitos sobre seu conteúdo que convocam o discurso político para a tentativa de dissolvê-los. Resta, no

---

<sup>595</sup> IGNATIEFF, Michael. **Human rights as politics and idolatry**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2001, p. 21.

<sup>596</sup> IGNATIEFF, Michael. **Human rights as politics and idolatry**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2001, p. 21.

<sup>597</sup> DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory & practice**. 2.de. Nova Iorque: Cornell University Press, 2002, p. 51.

<sup>598</sup> DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory & practice**. 2.de. Nova Iorque: Cornell University Press, 2002, p. 51-52.

<sup>599</sup> DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory & practice**. 2.de. Nova Iorque: Cornell University Press, 2002, p. 52-53.

entanto, saber quais seus pressupostos.

Em seu trabalho **Justice as fairness**, Rawls introduz a ideia de sobreposição do consenso (*overlapping consensus*) para estruturar uma ideia mais realista de sociedade organizada, adequada às condições históricas e sociais de sociedades democráticas<sup>600</sup>. O pluralismo, inerente a este modelo de sociedade, é o eixo axial dos vários problemas que devem ser resolvidos – ou mitigados – pelas práticas de busca de consenso. Isto porque os cidadãos de uma sociedade pluralista possuem pontos de vista religiosos, filosóficos e morais conflituosos, o que os leva a desenvolver uma concepção política a partir de diferentes doutrinas compreensivas (*comprehensive doctrines*)<sup>601</sup>. Por outras palavras, Rawls negará a possibilidade de uma teoria da Justiça arrimada numa concepção filosófica geral da moral, preferindo, em seu lugar, compreender as condições históricas do modelo de sociedade democrática<sup>602</sup>.

Rawls tem em mente uma estrutura de sociedade democrática intrinsecamente pluralista, de modo que lhe seja natural a diversidade de valores e orientações básicas. Nenhum conjunto deles poderá sobressair, sob pena de abalar a ideia fundamental de sociedade organizada (*well-ordered society*). Desta forma, poderá dizer-se que o elemento propiciador de sua unidade é o fato de os cidadãos aceitarem uma concepção política de Justiça, através do fenômeno que o filósofo político norteamericano denomina de uma *razoável sobreposição do consenso* (*reasonable overlapping consensus*)<sup>603</sup>. Explica: “the political conception is supported by the reasonable though opposing religious, philosophical, and moral doctrines that gain a significant body of adherents and endure over time from one generation to the next.”<sup>604</sup>

O arranjo feito por Rawls sobre a Justiça como equidade tem

<sup>600</sup> RAWLS, John. **Justice as fairness**: a restatement. 2. ed. Cambridge: Erin Kelly Ed., 2001, p. 32.

<sup>601</sup> RAWLS, John. **Justice as fairness**: a restatement. 2. ed. Cambridge: Erin Kelly Ed., 2001, p. 32.

<sup>602</sup> ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. **Relativismo versus Universalismo Ético**. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1822/8734>>. Acesso em: 5.03.12.

<sup>603</sup> RAWLS, John. **Justice as fairness**: a restatement. 2. ed. Cambridge: Erin Kelly Ed., 2001, p. 32.

<sup>604</sup> RAWLS, John. **Justice as fairness**: a restatement. 2. ed. Cambridge: Erin Kelly Ed., 2001, p. 32.

como pressuposto a sociedade democrática, que é permanentemente condicionada pelo pluralismo, que é aqui entendido como diversidade de doutrinas morais, filosóficas e morais, cuja totalidade é característica da cultura pública da democracia.<sup>605</sup> Por outras palavras, há um liame inquebrantável entre estas ideias. Mas para além desta característica, o autor enumera quatro aspectos que, consorciados ao primeiro, ajudarão a dar consistência à ideia da Justiça como equidade.

O primeiro diz respeito à constatação de que uma adesão contínua a uma especial *doutrina compreensiva*, pode ser mantida pelo uso opressivo da força estatal, “with all its official crimes and the inevitable brutality and cruelties, followed by the corruption of religion, philosophy, and science.”<sup>606</sup> Isto quer dizer que o modelo de sociedade democrática moderna não se compagina com a imposição de *doutrinas compreensivas*.

O segundo refere que um regime democrático duradouro, não dividido nem por disputas doutrinárias nem por classes sociais hostis, deve ser mantido, voluntária e livremente pela maioria de seus cidadãos. Esta ideia, conjugada com o aspecto do pluralismo, resultará na inferência de que a concepção de Justiça deverá ser confirmada por uma ampla margem de diferentes e irreconciliáveis *doutrinas compreensivas*<sup>607</sup>.

O terceiro fato evidencia que a cultura política da sociedade democrática, arrimada em considerável período de normalidade, conterá certas ideias fundamentais, com as quais se pode estruturar uma concepção política de Justiça moldável para um regime constitucional<sup>608</sup>.

Finalmente, o autor refere que os mais importantes

---

<sup>605</sup> RAWLS, John. **Justice as fairness: a restatement**. 2. ed. Cambridge: Erin Kelly Ed., 2001, p. 33-34.

<sup>606</sup> RAWLS, John. **Justice as fairness: a restatement**. 2. ed. Cambridge: Erin Kelly Ed., 2001, p. 34.

<sup>607</sup> RAWLS, John. **Justice as fairness: a restatement**. 2. ed. Cambridge: Erin Kelly Ed., 2001, p. 34.

<sup>608</sup> RAWLS, John. **Justice as fairness: a restatement**. 2. ed. Cambridge: Erin Kelly Ed., 2001, p. 34-35.

julgamentos políticos sobre valores básicos políticos estão sujeitos a condições de alta complexidade, incluindo as dificuldades de concordância, tornando-se, por isso, improvável que as pessoas, mesmo as mais razoáveis, venham a exercer de modo adequado seus *poderes da razão* (*powers of reason*) para chegarem a uma mesma conclusão<sup>609</sup>.

A improbabilidade de chegar-se a conclusões únicas em razão da diversidade de julgamentos (não apenas políticos), é um dos aspectos com os quais Rawls procura percutir um tom mais realista em relação à ideia de sociedade organizada. A sociedade só alcançará níveis aceitáveis de equilíbrio e unidade pela concepção política de Justiça, lograda através da *sobreposição do consenso*. O ambiente propício para que isso se opere é o da sociedade democrática moderna, intrinsecamente pluralista, onde as contradições em torno de valores e crenças possam ser pacificadas pela experiência de uma cultura política. Com isso, a via consensual estará excluída das culturas monolíticas de escassa heterogeneidade e dos regimes políticos que impõem *doutrinas compreensivas*. Pensa-se, aqui, seguindo-se os passos da teoria rawlsiniana, não no problema da capacidade de outros povos e culturas compartilharem conceitos fundamentais de Direitos Humanos (que, aliás, não faz parte das preocupações daquele autor), mas na prática política de Estados em que o regime autocrático ideologiza religiosa ou politicamente seu povo, tornando a ideologia dos Direitos Humanos sempre mais distante da consciência de seus cidadãos.

#### 4.2.3.4 Notas prospectivas e metodológicas para a via Consensual dos Direitos Humanos

O atual debate sobre a conscientização, aceitação e respeito aos Direitos Humanos já superou, ao que parece, o antigo confronto entre o universalismo puro, de certa forma *naïf*, que descende diretamente do período da

---

<sup>609</sup> RAWLS, John. **Justice as fairness**: a restatement. 2. ed. Cambridge: Erin Kelly Ed., 2001, p. 36.

iluminura, e o relativismo cultural ortodoxo, que nega, terminantemente, uma permeabilidade entre os contextos. Autores universalistas, como Peces-Barba, admitem a mediação de alguns fatores na configuração de uma moral básica universal que, evidentemente, variarão no curso dos tempos. Ao passo que uma nova geração de relativistas, a exemplo de Donnelly e de Ignatieff (embora este não se declare explicitamente adepto da corrente), abrandam a tese do contexto fechado para admitirem a atomização dos Direitos Humanos em, pelo menos, alguns valores de cariz universal. A situação problemática, ainda assim, não encontrou uma resposta satisfatória capaz de pacificar a polêmica em torno da assimilação e respeito dos Direitos Humanos previstos no quadro da Declaração Universal – e Donnelly parece ter razão ao mostrar-se cético quanto à possibilidade de validade universal dos tipos de Direitos Humanos positivados nas Cartas e Convenções internacionais. Contudo, entende-se que, diante dos refinamentos teóricos operados por autores que perseveraram na superação da antiga dicotomia, em consonância com o quadro histórico resultante, em parte, do acúmulo de experiências, é possível estabelecerem-se algumas notas prospectivas e metodológicas para o tratamento do conjunto problemático, visando, especificamente, planificações que, também tentando ultrapassar os limites restritivos das *doutrinas compreensivas*, se prestem a um desenvolvimento pragmático que virá ao final deste trabalho, como seguem:

a) embora a antropologia demonstre a existência de características comuns a todos os homens, que podem ser ditas transculturais e que alguns entenderão como conformadoras de uma natureza humana, como a propensão para a institucionalização de certos agregados culturais (são exemplos patentes disso a família, o trabalho, a ritualização de procedimentos relacionados com os mortos), é arriscado inferir a universalidade de um rol de Direitos Humanos baseados, unicamente, em características a um só tempo genéricas e parcelares. O reconhecimento da diversidade nas sociedades modernas e de graus variáveis de heterogeneidade mesmo em sociedades monoliticamente estruturadas sob a égide de valores morais (nos Estados que instituíram o fundamentalismo islâmico



como matriz organizativa da sociedade, v.g., os conflitos ocorrem entre sunitas e xiitas, já para não se falar da fragmentação do islã em inumeráveis seitas), vem a infirmar qualquer tese que pretenda impingir conceitos-modelos de Direitos Humanos de validade universal. Na própria civilização ocidental, onde surgiu o *idearium* de humanidade e de valores inerentes à condição de ser-se humano, e onde, por meio da experiência política, se tem dado tratamento político-jurídico à matéria desde a História constitucional inglesa, não se pode pensar em Direitos Humanos como tipos fechados, mas, tão-somente, como princípios com alto grau de abstração e generalidade<sup>610</sup>.

b) Os Direitos Humanos positivados na Declaração Universal e em Convenções, são, de fato, muito mais facilmente assimiláveis pelos povos do Ocidente, devido ao liame histórico de seu desenvolvimento que começa, no âmbito moral, com o cristianismo e, na esfera política, com a primeira onda de constitucionalização na Europa, estendendo-se, ao longo dos séculos XVIII e XIX, pelo continente americano. Mas se se considerar, por um lado, o fenômeno da Mundialização, a partir da segunda metade do século XX, quando, no concerto das Nações, com o reconhecimento do princípio da autodeterminação dos povos, se deu ensejo ao surgimento de vários novos Estados, que aderiram ao modelo de Estado-nação e à organização internacional onde se proclamavam Direitos Humanos; e, por outro lado, o encurtamento das distâncias entre os povos, seja em razão do movimento de Globalização, seja por causa dos avanços tecnológicos, haverá hoje uma maior permeabilidade entre os contextos culturais do que se podia pensar em tempos mais remotos, quando a aproximação causava um inescapável estranhamento entre povos. As transformações culturais operadas entre os mais

---

<sup>610</sup> Parece que o conceito de princípio sustentado por Alexy se presta ao que aqui se pronuncia como proposta teórica. Com efeito, o jurista alemão concebe os princípios como normas de alto grau de generalidade, que tendem a otimizar o cumprimento de direitos, a partir de uma circunstância notadamente relativista, para a qual devem confluir situações adequadas (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução para o espanhol de Ernesto Garzón Valdés. 1. reimpressão. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 82-87. Título original: **Theorie der Grundrecht**). Os Direitos Humanos devem, também, ser compreendidos nessa zona de generalidade, contanto que não se comprometa o núcleo duro daquilo que terá sido pactuado entre os povos na Declaração e nos Pactos de direitos.

diversos povos principalmente durante o século XX, quando o fenômeno da ocidentalização se impõe como fechamento de um ciclo histórico que terá tido início no período das descobertas transoceânicas, são uma prova irrecusável da capacidade de mudança das culturas que, antes de formarem corpos estanques e perenes, são mutáveis, podendo transformar-se por meio de contactos interculturais<sup>611</sup>. Não se nega que a hegemonia do Ocidente no cenário mundial tenha, direta ou indiretamente, influenciado o processo de assimilação cultural de alguns povos, por um lado, e agastado as relações com os povos do Oriente Médio, por outro: o regime colonial fundado pelos impérios europeus impôs valores ocidentais aos povos subjugados, da mesma forma que já durante a vigência da Sociedade das Nações, o regime de protetorado possibilitou o redesenho geopolítico e cultural dos povos protegidos; também a Guerra Fria terá sido responsável por uma espécie de neocolonização das nações periféricas relativamente às duas grandes potências mundiais de um período que vai do segundo pós-guerra e se encerra em 1989; e não são despidiendos, a propósito, os efeitos causados pela Globalização sobre as culturas não ocidentais. No entanto, o que se quer sublinhar é o fato de que nem as culturas são absolutamente puras, nem inteiramente refratárias ao diálogo intercultural, especialmente a respeito de Direitos Humanos<sup>612</sup>.

---

<sup>611</sup> Bronze, ao tratar da possibilidade de readequação às novas circunstâncias, refere que “o homem realiza a nível *cultural*, da sua *natural* incompletude (de sua radical neotenia), abrindo-se continuamente à disquisição e aprendizagem de normas reguladoras do seu agir comunitário, susceptíveis de serem afinadas, ou mesmo superadas (em função quer das exigências que inovadora e transcendentemente se pressupõem, quer das situações que importa adequadamente decidir), e transmitidas “de geração em geração” como uma *deveniente* “herança social”, que se apresenta “*mnesicamente* conservada e disponível” (BRONZE, José Fernando. **Analogias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 47). (Os itálicos são do original).

<sup>612</sup> Acílio Rocha fala, de forma crítica e até com algum ceticismo, dos “potentes poderes unificadores” da humanidade, como a economia (globalizada) e o sistema midiático. Quanto a este, refere que “os meios de comunicação actuam como força unificadora, configurando modos de conduta homogêneos em todo o mundo; ora, há que assinalar desde logo que o sistema mediático iguala em excesso e por baixo; e se é certo que pode criar “laços sociais”, fá-lo de modo falso, como quando produz uma colectiva “compaixão” para com as vítimas desta ou daquela desgraça – compaixão que cessa no preciso momento em que as imagens desaparecem dos ecrãs das televisões.” (ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. **Relativismo versus Universalismo Ético**. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1822/8734>>. Acesso em: 5.03.12). A análise do professor português é precisa e arguta, não resta dúvida. Mas mesmo não

c) A característica de mutabilidade das culturas (seja em razão do processo de desenvolvimento interno de cada matriz cultural, seja pela assimilação e consolidação de novos referenciais), a (quase) inexistência de culturas puras e a disseminação maciça de valores ocidentais, não autorizam, contudo, teses proponentes de universalização dos Direitos Humanos arrimadas em conceitos fundamentais do Ocidente, uma vez que o estudioso, tendo em consideração o sentido ético que dirige o conjunto de direitos, deve obedecer ao princípio de respeito à diversidade – princípio, aliás, integrante da constelação axiológica ocidental e que exige uma conduta coerente<sup>613</sup>. Este postulado não se confunde com a neutralidade ou indiferença axiológica, que não seria desejável para a superação dos (falsos) obstáculos levantados pelo relativismo cultural de raiz antropológica. Por outras palavras, a admissão e respeito a uma diversidade cultural, que resulta na *polissemia* dos Direitos Humanos – e neste ponto acompanha-se a tese formulada por Acílio Rocha –, não são forçosamente posturas antagônicas a uma dialética crítica que tenha por escopo a substantivação dos direitos, de forma mais imediata, no plano internacional, entre os Estados que se comprometeram a respeitá-los e implementá-los.

d) A dialética crítica que aqui se propõe, que deve se submeter a um princípio de concordância prática com o que até agora se tem afirmado, deverá reger-se pelo respeito à diversidade e ter em consideração a *polissemia* dos Direitos Humanos. Como já longamente recorrido, muitas culturas, diversamente do que é priorizado pela civilização ocidental, enfatizam, v.g., não a busca de realização estritamente pessoal ou a densificação do individualismo, mas

---

sendo a economia e o sistema midiático os mecanismos adequados para promoverem uma coesão mundial em torno de certos aspectos mais dramáticos e fundamentais da humanidade, permitem uma razoável interação, ou zonas de intercomunicação dos povos, que nada mais é do que um sistema de trocas e intercâmbios culturais desde sempre vigente.

<sup>613</sup> Höffe, a propósito disso, refere: “Para que los derechos humanos merezcan tal nombre, han de formular la exigencia más amplia de no estar restringidos ni a Occidente ni a su Modernidad. Independientemente de la sociedad o de la época en que viva una persona, ésta ha de poseer ciertos derechos sólo por el hecho de ser persona”, deixando claro que este grau de universalismo pretende a validade intercultural (HÖFFE, Otfried. **Derecho intercultural**. Tradução ao espanhol de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 178-179).

a ideia de complementaridade pelas relações no grupo e o sentimento de pertença a ele. Para estas culturas, a realização do homem nem sempre é traduzida pela prosperidade material. Daí que as tensões críticas devam contornar certas especificidades, para se localizarem no âmbito fundamental da humanidade. Apesar de aqui se evitar a catalogação de Direitos Humanos universais, pelas razões já expendidas, pensa-se, desde logo e de forma inevitável, no direito à vida. Mas há de se concordar com Ignatieff quando refere, de uma outra maneira, que os direitos cunhados pelo liberalismo, os da primeira geração, as liberdades civis e políticas, são mais facilmente assimiláveis e suscetíveis ao processo de Mundialização do que os de âmbito social, que requerem não a abstenção, mas a atuação estatal.

e) Em consequência do que acima se referiu, pode dizer-se que a prática discursiva mediadora do controle ético das ideias do *bonum* e da Justiça não pode se contentar com a contraposição do real a uma esfera do ideal, apenas pressuposta como existente, como propõe Apel. A implementação, a efetivação e o respeito aos Direitos Humanos devem ocorrer no plano prático, como sustentam Ignatieff e Rawls, através da via discursiva política. Muito do que se tem concretizado em matéria de Direitos Humanos, é excedível do plano teórico (embora aí se perceba um étimo fundante), encontrando uma justificativa nessa dialética pragmática, como é o caso da Reforma, em relação à liberdade religiosa, ou a Revolução Industrial no que diz respeito aos direitos dos trabalhadores, ou os movimentos feministas diretamente imbricados com os direitos das mulheres.

f) É de concordar-se com Rawls sobre as maiores possibilidades de obter-se a concepção política de Justiça em sociedades democráticas intrinsecamente pluralistas, onde a crença em instituições políticas, liberdades civis e garantias correspondentes, sobrepõe-se à diversidade moral, religiosa e filosófica. O modelo rawlsiniano de Justiça como equidade parece prestar-se, também, ao discurso político que tenha como objeto os Direitos Humanos. Mas a matéria, por óbvio, não é limitada às dimensões do Estado, nem ao modelo de sociedade democrática pluralista: na medida em que aqui se trata do

fenômeno da Mundialização (do modelo de Estado ocidental) e do concerto de uma Comunidade Internacional de nações empenhadas na efetivação dos Direitos Humanos, pensa-se que o diálogo político é possível mesmo com sociedades não democráticas. Há de se suporem para o efeito, contudo, instituições legitimadas e supranacionais, que possam intervir como mediadoras do diálogo, tal como, ao nível singular, dos Estados, se pressupõem instituições políticas, liberdades civis e garantias correspondentes. As mediações (com intervenções humanitárias, diplomáticas e, até mesmo, por meios dissuasórios coercitivos) por instituições internacionais, cumprem, neste sentido e em certa medida, o diálogo político.

g) Uma teoria que tenha como objetivo dissolver os problemas relacionados com a efetivação dos Direitos Humanos deve ter, como pressuposto, o momento histórico atual, em que os paradigmas políticos da modernidade chegam não à exaustão, mas a uma zona conflituosa que requer transformações e adequações. O Estado-nação, *v.g.*, não pode ser pensado como prioritário para as projeções políticas de Direitos Humanos, como dá a entender Acílio Rocha ao sustentar um dever ético da autoridade do poder político para a satisfação das necessidades básicas. Embora seja o *lócus* de importantes decisões econômicas, políticas e jurídicas, muitas questões problemáticas ultrapassam seus limites de competência decisória e executiva, devendo ser tratadas em espaços transnacionais, cuja coordenação só pode ser pensada mediante participação multilateral das diversas partes diretamente interessadas na efetivação de soluções. Pense-se, *v.g.*, nas questões relacionadas ao direito de dispor-se de um meio ambiente saudável (em geral constitucionalizado como direito fundamental no ordenamento jurídico-constitucional de Estados democráticos do Ocidente). Com efeito, as medidas políticas adotadas pontualmente por cada Estado, sem uma coordenação e homogeneização com a política ambiental de outros entes, não serão suficientes, uma vez que os problemas ambientais modernos em vez de serem restringidos dentro de fronteiras, são cada vez mais difusos, dizendo

respeito à toda humanidade<sup>614</sup>.

---

<sup>614</sup> CRUZ, Paulo Márcio, BODNAR, Zenildo. O clima como necessidade de governança transnacional: reflexões após Copenhague 2009. In SILVEIRA, Alessandra (org.). **Direito da União Europeia e transnacionalidade**. Lisboa: *Quid Iuris?*, 2010, p. 371-385. Seguindo idêntico entendimento, Leite Garcia refere que a questão ambiental, ao lado do direito ao desenvolvimento dos povos e o direito à paz constituem demandas transnacionais de direitos fundamentais (GARCIA, Marcos Leite. “Novos” direitos fundamentais, transnacionalidade e UNASUL: desafios para o século XXI. In CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; MORAES, Germana de Oliveira; CESAR, Raquel Coelho Lenz; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. **A construção jurídica da UNASUL**. Florianópolis: Editora UFSC/FUNJAB, 2011, p. 158).

[...] *las naciones quedaron interpenetradas mutuamente, pues no hay país a quien no sean indispensables los demás.*

Ortega y Gasset, *Una interpretación de la historia universal*

## CAPÍTULO 5.

### HORIZONTES CONTEMPORÂNEOS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E SUAS VICISSITUDES

#### 5.1 Caracterização do modelo internacionalista de proteção dos Direitos Humanos

É comum pensar-se na Paz de Vestefália como um ponto de partida não apenas para a formação do sistema de Estados europeu<sup>615</sup> – e, por consequência, dos Estados segundo a configuração conceitual moderna<sup>616</sup> –, mas, também, como um regime de interrelações políticas que objetivavam a paz e a segurança duradouras. Por um lado, os arranjos políticos culminados com fim da Guerra dos Trinta Anos formavam uma sociedade política internacional de âmbito regional, que ultrapassava as meras relações de vizinhança. Por outro, para se atingirem os objetivos comuns, os acordos de Vestefália, concretizados nos Tratados de Münster e de Osnabrück, de 24 de outubro de 1648, entre Suécia e os

<sup>615</sup> MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando. La “protección internacional” de los Derechos Humanos desde la Paz de Westfalia hasta la Revolución Francesa. In PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio; DE ASÍS ROIG, Rafael. **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo II, Vol. III. Madri: Dykinson, 2001, p. 402.

<sup>616</sup> DALLARI, Dalmo Abreu. **Elementos de teoria Geral do Estado**. 25.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2005 p. 53, salienta, aliás, que o ano de 1648, quando é celebrada a Paz de Vestefália, marca, para uma vertente da teoria do Estado, o nascimento deste ente político. Claro que se não pode afirmar uma data, um ano específico para isso, mas se se aceitar a teoria do Estado como unidade, então será improvável identificar o momento original antes do período moderno da História (HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 158 e ss. Título original: **Staatslehre**).

Principados e Estados do Império, estendidos à França, Espanha, Grã-Bretanha, Polônia, Rússia, Suíça, Dinamarca, Noruega e Países Baixos, tinham, entre seus fundamentos, o respeito ao princípio da soberania. A transgressão dos tratados por qualquer dos membros, colocando, portanto, em risco seus objetivos, implicava na ação armada coletiva após um prazo para que o transgressor solucionasse o conflito<sup>617</sup>. Mas não só. A constituição de Vestefália refreou o intento de formar-se uma “monarquia católica universal” na medida em que as relações entre os Estados se fundavam na igualdade entre eles, independentemente da religião<sup>618</sup>. Na análise de Fernández Lieser, a Europa deixa de ser exclusivamente católica, tornando-se cristã (católica, calvinista luterana), e, por isso, um ambiente de pluralismo confessional, que é um passo para o processo de secularização em o qual nascem o direito público europeu e o Direito Internacional clássico, que vigorará, pelo menos, até depois da Primeira Grande Guerra Mundial<sup>619</sup>.

Apesar de na prática os mecanismos de intervenção previstos nos tratados de 1648 nunca terem sido usados, provavelmente por não estarem suficientemente desenvolvidos os métodos de conciliação e de mediação entre

---

<sup>617</sup> MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando. La “protección internacional” de los Derechos Humanos desde la Paz de Westfalia hasta la Revolución Francesa. In PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio; DE ASÍS ROIG, Rafael. **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo II, Vol. III. Madri: Dykinson, 2001, p. 404.

<sup>618</sup> FERNÁNDEZ LIESER, Carlos. Instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos. In PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio; DE ASÍS ROIG, Rafael. **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo II, Vol. III. Madri: Dykinson, 2001, p. 444. ”

<sup>619</sup> FERNÁNDEZ LIESER, Carlos. Instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos. In PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio; DE ASÍS ROIG, Rafael. **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo II, Vol. III. Madri: Dykinson, 2001, p. 445. Se se pensar na Paz de Vestefália como a matriz precursora de tratados internacionais que têm como objetivo a manutenção da paz e segurança em níveis mundiais, então se poderá dizer que também após a malograda Sociedade das Nações se verão alguns traços de similitude no surgimento da Comunidade Internacional, a partir de 1945. Parece filiar-se a esta opinião TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 111, quando refere que, atualmente “o modelo westphaliano do ordenamento internacional afigura-se esgotado e superado.” No entanto, a estrutura do modelo clássico, ou de Vestefália, de direito internacional é, segundo uma abalizada análise de ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. **Direito internacional público**. Parte I. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 28-36, distinta da do modelo contemporâneo, o que será melhor tratado adiante.



Estados<sup>620</sup>, pode falar-se de um modelo vestefaliano de Direito Internacional público que terá longa duração. A Santa Aliança e o Concerto Europeu, surgidos já no século XIX, estão matricialmente vinculados à Paz de Vestefália, uma vez que as potências vencedoras das guerras contra Napoleão, Áustria, Grã-Bretanha, Prússia e Rússia, intentaram a formação de um governo internacional assente na paz e na segurança dos Estados europeus (a Santa Aliança, criada entre 1815 e 1816, consegue estender-se por todo continente, só a ela não aderindo a Santa Sé e o Império Otomano<sup>621</sup>). Repete-se o fundamento dos tratados do século XVII nos novos pactos: o restabelecimento de paz e segurança, logo após um período de guerras. Nestas duas ideias estão embutidos alguns princípios amadurecidos por quase três séculos, como o da laicidade dos Estados e o da tolerância, que se tornam terreno fértil para a frutificação dos Direitos Humanos, já refletidos pelo jusracionalismo e positivados nas Declarações de Direitos oitocentistas. Tal contexto não é muito diferente, portanto, do que se verá com a formação da Sociedade das Nações, após a Primeira Grande Guerra, e da Organização das Nações Unidas, após a Segunda Guerra.

Mas os conflitos do século XX são de dimensões incomparáveis. Contam-se em dezenas de milhões os mortos, incluindo as vítimas da política de eliminação de minorias étnicas, especificamente judeus e ciganos. Os embates ultrapassam o continente europeu, também causando perdas humanas na Ásia, África e Oriente Médio. E não se pode esquecer dos reflexos na geopolítica desses continentes porque, de algum modo, atingem princípios imbricados com os Direitos Humanos, como o da autodeterminação dos povos. Por isso, a reação das potências que põem cobro às atrocidades acaba por reproduzir,

---

<sup>620</sup> MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando. La “protección internacional” de los Derechos Humanos desde la Paz de Westfalia hasta la Revolución Francesa. In PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio; DE ASÍS ROIG, Rafael. **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo II, Vol. III. Madri: Dykinson, 2001, p. 404 entende que os soberanos não estavam dispostos a sofrer a intervenção de monarcas estrangeiros ou mesmo do Papa para a solução de conflitos, o que indica um comprometimento dos fundamentos dos tratados da Paz de Vestefália.

<sup>621</sup> ZOLO, Danilo. **Cosmópolis**. Perspectivas y riesgos de un gobierno mundial. Tradução para o espanhol de Rafael Grasa e Francesc Serra. Barcelona: Paidós, 2000, p. 32. Título original: **Cosmopolis**.

em linhas gerais, as tentativas de formação de um governo mundial como o da Santa Aliança, seguindo o que Zolo denomina de *modelo cosmopolita da Santa Aliança*<sup>622</sup>, só que desta feita, devido às circunstâncias mencionadas, há já uma arquitetura para a formação da Comunidade Internacional em âmbito mundial.

Apesar de Zolo sugerir um liame ideológico entre o pacto europeu do século XIX e as organizações internacionais de Estados que se seguiram às duas Grandes Guerras, inclusive pelo modo retórico e grandiloquente como se constituíram e por serem produto das articulações políticas das potências que colocaram fim aos conflitos multinacionais<sup>623</sup> – que, na condição de potências políticas e militares, assumiram a preeminência sobre uma constelação de Estados –, há uma larga diferença entre a Sociedade das Nações e a Organização das Nações Unidas. A primeira, embora tenha sido estruturada com uma Assembleia, um Secretariado e um Tribunal de Justiça, havia preconizado um sistema para a solução de conflitos emperrado, uma vez que qualquer decisão política dependeria do posicionamento unânime dos Estados-membros (art. 5º, 1, do Pacto da Sociedade das Nações), por um lado, e da influência exercida pelos integrantes permanentes do Conselho, por outro. Isso contribuiu para o completo fracasso em impedir as ambições expansionistas do regime nazista e o fortalecimento do fascismo. Além do mais, ainda não se reconhece ao tempo da Sociedade das Nações a possibilidade de autodeterminação dos povos: antes, vê-se na situação de caos do pós-guerra a necessidade de tutela de certos povos (despreparados para o auto-governo) por “nações desenvolvidas” (art. 22, 2, do Pacto). Pode dizer-se, dessa forma, que o bem-estar geral é, de acordo com esse regime político-jurídico internacional, particularizado no restabelecimento da ordem e da paz, sem que tenha sido firmado um compromisso de respeito aos Direitos Humanos e visado o ser humano como sujeito do Direito Internacional.

---

<sup>622</sup> ZOLO, Danilo. **Cosmópolis**. Perspectivas y riesgos de un gobierno mundial. Tradução para o espanhol de Rafael Grasa e Francesc Serra. Barcelona: Paidós, 2000, p. 30. Título original: **Cosmópolis**.

<sup>623</sup> ZOLO, Danilo. **Cosmópolis**. Perspectivas y riesgos de un gobierno mundial. Tradução para o espanhol de Rafael Grasa e Francesc Serra. Barcelona: Paidós, 2000, p. 30-38. Título original: **Cosmopolis**.

A ONU, tal como a Sociedade das Nações, possui estrutura burocrática constituída por uma Assembleia Geral e por um Conselho de Segurança. Ambas instituições coincidirão, também, de certa forma, no fato de possuírem limitados recursos executórios das normas de Direito Internacional. Por um lado, a Assembleia Geral das Nações Unidas, apesar de poder considerar-se um órgão deliberativo, não tem poder de vincular o Conselho de Segurança às recomendações que elabora; por outro, este órgão, concentrador da totalidade de poderes executórios, inclusive o de determinar ações coercitivas contra algum Estado da Comunidade Internacional, é integrado por membros eleitos e permanentes, sendo que estes detêm a prerrogativa do veto, podendo obstar, por essa forma, as decisões proferidas pela maioria. Essa constituição – há de se concordar em parte com Zolo – segue o modelo da Santa Aliança pelo fato de entregar o *governo internacional* aos cuidados das grandes potências<sup>624</sup>. Mas a categorização defendida pelo jurisfilósofo italiano parece ser uma ideia reducionista, uma vez que deixa de levar em consideração o aparato político-jurídico internacional, em boa verdade, preparado para perseguir objetivos mais pretensiosos e dar início a ações de cunho humanitário.

### 5.1.1 Diferenças entre o modelo clássico e o modelo da Carta das Nações Unidas de Direito Internacional

A extensão do Mundo entre 1648 e a primeira metade do século XX era restrita ao continente europeu. Tudo o mais, conforme o entendimento declarado no art. 22, 1 do Pacto da Sociedade das Nações, era habitado por “povos ainda não capazes de se dirigir”, que tinham seus destinos determinados pelos impérios colonizadores e, mais tarde, pelo sistema de proteção. Isso é já suficiente para entender-se que as relações de Direito

---

<sup>624</sup> ZOLO, Danilo. **Cosmópolis**. Perspectivas y riesgos de un gobierno mundial. Tradução para o espanhol de Rafael Grasa e Francesc Serra. Barcelona: Paidós, 2000, p. 37-38. Título original: **Cosmopolis**.

Internacional ocorriam somente entre os Estados europeus e visavam a satisfação dos interesses de domínio. Esta contingência, aliada a uma ideia absolutizada de soberania, cavava um profundo fosso entre os Estados e a ideia incipiente de sociedade internacional, uma vez que, sendo os únicos sujeitos de Direito Internacional, os entes políticos mantinham entre si uma distância conveniente para evitar intervenções ou constrangimentos; do que se pode deduzir que “sua liberdade era irrestrita”<sup>625</sup>.

Os tratados bilaterais, que com as normas costumeiras integravam as fontes do Direito Internacional clássico, eram caracterizados pelo voluntarismo, ou seja, pelo modelo de liberdade pactual entre os Estados, segundo o qual “as obrigações internacionais derivam, em último termo, da vontade dos Estados.”<sup>626</sup> Em consequência disso, os fins procurados nos tratados estavam mais adstritos à conveniência dos pactuantes do que a um consenso de âmbito regional ou mundial.

Os tratados eram firmados como se fossem contratos sinalagmáticos, obrigando bilateralmente. Mas nenhum órgão supranacional controlava as relações, ou podia limitar a liberdade dos Estados. Mesmo durante a curta vigência da Sociedade das Nações, o aparato burocrático de índole internacional, como já se disse, só poderia intervir diante de uma deliberação unânime de seus membros, o que reduzia ao nível de improbabilidade qualquer tentativa de conciliação entre Estados-membros em conflito ou de intervenção – e, de fato, a Sociedade das Nações nunca operou de forma efetiva. Na prática, portanto, a auto-tutela era o recurso que mais se afigurava admissível, inclusive por meio do uso de força, reconhecendo-se, até o século XIX, a liberdade de fazer guerra<sup>627</sup>. Ora, esta peculiaridade e o fato de que a preocupação com os direitos

---

<sup>625</sup> ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. **Direito internacional público**. Parte I. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 29.

<sup>626</sup> ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. **Direito internacional público**. Parte I. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 32.

<sup>627</sup> ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. **Direito internacional público**. Parte I. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 33.

fundamentais dizia respeito apenas à ordem jurídico-constitucional de cada Estado (não havendo, desta maneira, uma cultura geral dos Direitos Humanos), levam a entender que durante o modelo clássico de Direito Internacional se não havia avançado no sentido de tornar os homens sujeitos de tutela.

As atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial representam o ápice da crise do modelo até então vigente. Não marcam, como pretende Teixeira, o momento decisivo em que se suplantou a discussão sobre a existência dos Direitos Humanos e seu fundamento pela *constatação* do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>628</sup>: a noção desta categoria ontológica está, com efeito, fundamente enraizada na cultura ocidental desde os primórdios do cristianismo e foi recorrentemente tratada no período do Iluminismo, inclusive servindo como ponto de apoio filosófico para as declarações de direitos do século XVIII. Mas não há dúvidas de que as perdas humanas colocaram em evidência as falhas do modelo de Direito Internacional de então, erigindo-se, como resposta a este estado de coisas, a proteção da humanidade contra o potencial de destruição das guerras, que viria a se tornar um vetor para o novo modelo<sup>629</sup> (e nisso, sim, pode encontrar-se, uma vez mais – desta feita, de maneira expressa – a direção de todo o sistema de direitos pela ideia de dignidade humana). Houve, inicialmente, uma circunstância propícia para que muitos governos passassem a reconhecer “um conceito de Direitos Humanos indivisíveis, inalienáveis, individuais, como necessários para impedir o abuso de seres humanos por parte de seus dirigentes políticos”<sup>630</sup>. Um tal conceito tem sua matriz na filosofia ocidental, mas isso não impediu que os Estados socialistas e os terceiromundistas, à época da Conferência de São Francisco dando maior relevância ao direitos sociais, tenham convergido

---

<sup>628</sup> TEIXEIRA, Carla Noura. **Por uma nova ordem internacional**. Uma proposta de Constituição mundial. Tese de doutorado defendida na PUC/SP, 2009, p. 69.

<sup>629</sup> O'RAWE, Mary. As Nações Unidas: estrutura *versus* substância (lições dos principais tratados e pactos). In HEGARTHY, Angela; LEONARD, Siobhan. **Direitos do homem**. Uma agenda para o século XXI. Lisboa: Instituto Piaget, 2003, p. 38. Título original: **Human rights**: an agenda for the 21st century.

<sup>630</sup> O'RAWE, Mary. As Nações Unidas: estrutura *versus* substância (lições dos principais tratados e pactos). In HEGARTHY, Angela; LEONARD, Siobhan. **Direitos do homem**. Uma agenda para o século XXI. Lisboa: Instituto Piaget, 2003, p. 39. Título original: **Human rights**: an agenda for the 21st century.

politicamente para um compromisso de proteção dos Direitos Humanos ampla, como se depreende do art. 55, da Carta das Nações<sup>631</sup>. Ademais, o Mundo cresceu com o surgimento de Estados pelo processo de descolonização; estes também passaram a integrar a Organização internacional, ratificando os compromissos da Carta. A realidade que se tem, apesar da posição hegemônica do Ocidente e da inegável influência que os antigos impérios europeus exerceram sobre os novos Estados principalmente nos primeiros anos do período pós-colonial, é, portanto, de uma Comunidade Internacional formada por Estados que aderiram aos princípios e ideais expostos nos documentos internacionais<sup>632</sup>, tendentes à preservação da paz e dos Direitos Humanos. De maneira que será acertada a opinião de Cassese ao referir que o fim essencial dos Estados, a partir das interrelações segundo o moderno modelo internacionalista político-jurídico, passa a ser representado, de forma consensual, pelo binômio Paz e Direitos Humanos<sup>633</sup>, e a Comunidade Internacional, por consequência, emergida após o segundo conflito mundial, será igualmente estruturada sobre estes dois pressupostos.

Se no período do modelo clássico havia um sensível contraste de ordem jurídica entre a sociedade internacional e as sociedades nacionais, agora, pelo modelo da Carta das Nações, há uma aproximação da estruturação do Direito Internacional às características do direito interno, a tal ponto que Almeida

---

<sup>631</sup> ORAÁ, Jaime; GÓMEZ ISA, Felipe. **La Declaración Universal de los Derechos Humanos**. Bilbao: Universidad de Deusto, 1998, p. 37-38. CASSESE, Antonio. **I diritti umani nel mondo contemporaneo**. Milão: Laterza, 2003, p. 30, por sua vez, lembra que a URSS era contrária ao programa dos Direitos Humanos não apenas em razão de seu governo autoritário, mas por causa da ideologia marxista, que repudia as fundamentações jusnaturalistas. Além do mais, os países socialistas viam na proposta jusumanista uma direta influência das concepções norte-americanas expostas em sua Declaração de independência, às quais aderiam França e Grã-Bretanha (op. cit., p. 33-34). Mas as negociações chegaram a um ponto de consenso, de maneira que o forte teor democrático liberal e jusnaturalista foi amenizado pela inserção de conceitos-base de cariz socialista, preconizando-se, em normas como a contida nos arts. 22º, 27º, 1 e 28º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que para além dos indivíduos, os grupos sociais devem ser sujeitos de direitos (op. cit., p. 42). É por isso que o autor italiano, em sua análise sobre os primórdios do Direito Internacional dos Direitos Humanos conclui que “non si trattò de una vittoria di Pirro. Fu una vittoria degli occidentali ma anche degli altri Paesi.” (op. cit., p. 45).

<sup>632</sup> A esta característica do novo momento do direito internacional, MIRANDA, Jorge. O direito internacional de um novo século. In GOMES, Eduardo; REIS, Tarcísio (org.). **Desafios do direito internacional no século XXI**. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2007, p. 18, denomina de *universalidade*.

<sup>633</sup> CASSESE, Antonio. **I diritti umani nel mondo contemporaneo**. Milão: Laterza, 2003, p. 27.

qualifique o novo quadro referencial do Direito Internacional como um *Modelo de Subordinação*<sup>634</sup>. Para confirmar sua tese, o professor da Universidade de Coimbra arrola alguns traços específicos.

Antes mais, no novo modelo intervêm outros sujeitos para além dos Estados. O aparecimento de Organizações Internacionais<sup>635</sup>, que tratam de Direitos Humanos, culturais, económicos, ecológicos, elide o sistema de relações interestaduais, estabelecendo na Comunidade Internacional, em seu lugar, um sistema institucional<sup>636</sup>. Desta forma, o poder, que no modelo vestefaliano era disperso – como já se disse, sujeito à liberdade de que gozavam os Estados para anuir, pactuar e respeitar normas de Direito Internacional – é, agora, concentrado, condicionado e reprimido, na medida em que se verificam estruturas verticais assentadas em vínculos de subordinação. A estrutura das Organizações é, normalmente, tripartida, havendo órgãos plenários dos quais fazem parte todos os membros da Organização, como é o caso da Assembleia Geral da ONU; órgãos de representação restrita a alguns membros, ao modo da democracia representativa, como é o caso do Conselho de Segurança; e órgãos para o tratamento de matéria de carácter técnico-administrativo, como é o caso do Secretariado da ONU<sup>637</sup>.

A ampliação de Organizações Internacionais que tratam de matérias relacionadas com os dois vetores que dão direcção à Comunidade Internacional – paz e Direitos Humanos –, legitimadas pela adesão de inúmeros

---

<sup>634</sup> ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. **Direito internacional público**. Parte I. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 36.

<sup>635</sup> ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. **Direito internacional público**. Parte I. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 38, amparando-se em M. Bettati, define as Organizações Internacionais “como associações voluntárias de Estados, criadas através de tratado (o tratado constitutivo), dotadas de órgãos próprios, que actuam juridicamente em nome da organização e têm carácter de permanência, e com personalidade jurídica internacional.”

<sup>636</sup> MIRANDA, Jorge. O direito internacional de um novo século. In GOMES, Eduardo; REIS, Tarcísio (org.). **Desafios do direito internacional no século XXI**. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2007, p. 20, também refere sobre a institucionalização da vida internacional, mediante o “aparecimento de organizações e entidades de vários tipos, agregando os Estados, mas prossequindo interesses de síntese (em última análise, quando em âmbito mundial, reconduzíveis ao bem comum universal) e capazes de vontade e dinamismo próprios.”

<sup>637</sup> ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. **Direito internacional público**. Parte I. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 38.

Estados à ONU, repercutiu entre grupos que protestavam contra o colonialismo, regimes racistas e dominação estrangeira. Assistiu-se, assim, à disseminação de entidades representativas de povos que se enquadrassem nas situações de opressão, como foram os de África, que se arregimentaram em movimentos como, *v.g.*, a UNITA, o MPLA e o FLNA, de Angola, alguns alcançando legitimidade política e jurídica, de modo a ascender à qualidade de sujeitos de Direito Internacional<sup>638</sup>.

Por fim, também entra no rol de sujeitos de direito internacional o indivíduo, com este designativo entendidas as pessoas físicas ou singulares e as pessoas coletivas. O fato de ter-se operado uma mudança no objeto tratado pelo Direito Internacional, que não mais diz respeito exclusivamente aos interesses políticos dos Estados, mas, também, aos Direitos Humanos, confirma a titularidade dos indivíduos como sujeitos de intervenção, tanto em razão da prática de determinadas infrações internacionais de caráter geral, ou conotadas com os Direitos Humanos firmados em regras de Direito Internacional convencional<sup>639</sup>.

No campo normativo, o modelo da Carta das Nações estará sujeito a um espectro variado de fontes, que inclui para além dos *costumes*, os *tratados multilaterais* (em geral, abertos, permitindo a adesão de Estados não contratantes mediante ato unilateral posterior ao momento deliberativo); *resoluções*, com diferentes graus de vinculação, assumindo a forma de *decisões*, *recomendações* ou *pareceres*<sup>640</sup>. Convém sublinhar, secundando-se os traços característicos apresentados por Miranda, que a Carta das Nações, ao conceber que os princípios nela inscritos se devem impor a todos os Estados da Comunidade Internacional, inclusive àqueles que não são membros das Nações Unidas (art. 2º,

---

<sup>638</sup> ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. **Direito internacional público**. Parte I. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 39-40.

<sup>639</sup> ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. **Direito internacional público**. Parte I. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 41.

<sup>640</sup> ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. **Direito internacional público**. Parte I. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 43-45.



6), e que suas regras deverão prevalecer sobre as normas de acordos internacionais em caso de conflito (art. 103), se apresenta como uma espécie de *pré-constitucionalização*<sup>641</sup>. Com isso, a possibilidade de recorrer-se ao princípio *rebus sic stantibus* acaba se tornando inviável para os Pactos e tratados diretamente regidos pelos princípios e normas da Carta das Nações.

A estes traços fundamentais, pode acrescentar-se que o modelo da Carta das Nações também se aproxima das características da Constituição política e jurídica do ente estatal (a entidade política e jurídica singular), pelo fato de pretender estabelecer um regime de ordem e paz, porém em nível global, repercutindo, em última e principal instância, no sistema de proteção dos Direitos Humanos. Quanto ao sentido de ordem, podem referir-se alguns mecanismos de controle convencional, como a obrigação de os Estados que tomaram parte, v.g., do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos apresentarem relatórios periódicos ao Secretário-Geral da ONU sobre as dificuldades e progressos quanto ao cumprimento das normas (art. 40, PIDCP); sistema de comunicações entre os Estados, previsto na Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (arts. 11 a 13); sistema de comunicações individuais, previsto nos Protocolos Adicionais ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e na Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres e na Convenção contra a Tortura. As resoluções do Conselho Econômico e Social e os atos da Comissão de Direitos Humanos são oponíveis aos Estados-membros das Nações Unidas, sendo suscetíveis de fiscalização relativamente ao cumprimento das obrigações determinadas. A partir da Resolução 1235, de 1975, a Comissão dos Direitos Humanos, passou a investigar situações atentatórias à matéria à qual sua atividade está afeta, em determinados países ou regiões geográficas<sup>642</sup>. No que diz respeito à manutenção da paz, a Carta das Nações Unidas dispõe, em seu art. 2º, 4, que os membros da Organização não devem, em suas relações internacionais, ameaçar

---

<sup>641</sup> MIRANDA, Jorge. O direito internacional de um novo século. In GOMES, Eduardo; REIS, Tarcísio (org.). **Desafios do direito internacional no século XXI**. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2007, p. 20

<sup>642</sup> **Resolution 1235 (XLII)**. Disponível em <<http://www2.ohchr.org/english/>>. Acesso em: 6.0812.

ou usar de força contra outros Estados, nem agir de forma incompatível com os propósitos nela prescritos. Esta norma é reforçada pela Resolução 2625 (XXV), da Assembleia Geral, de 24 de outubro de 1970, em a qual, dentre os sete princípios nela aprovados, se destaca o de que os Estados devem evitar ameaça ou uso de força contra qualquer outro Estado. A desobediência, conforme vem solenemente disposto, importa na caracterização de violação do Direito Internacional e da Carta das Nações Unidas. Claro que é aceito, como norma costumeira, o uso de força para a defesa, nisto podendo configurar-se uma legítima defesa, mas “Uma guerra de agressão constitui crime contra a paz”, devendo o Estado agressor ser responsabilizado<sup>643</sup>. Segue como corolário disto um outro princípio descrito na Resolução, de acordo com o qual a solução de conflitos deve prosseguir meios pacíficos, de maneira a não causar perturbação à paz e segurança. Desta forma, não é incorreto afirmar, com Almeida, o recurso à força constitui-se, no atual modelo, *ultima ratio* de todos os expedientes concebidos para a efetivação das normas de Direito Internacional, somente autorizado pelo Conselho de Segurança<sup>644</sup>.

Os aspectos acima referidos reforçam o que Jorge Miranda entende por *pré-constitucionalização* da Comunidade Internacional e identificam-se com a ideia de aproximação entre os sistemas do Direito Internacional e do interno do Estado como entidade singular. Mas esta particularidade do modelo da Carta das Nações ganha contornos mais salientes quando se qualificam determinadas normas do *corpus* do Direito Internacional dos Direitos Humanos como imperativas e inderrogáveis, devendo, por isso, ser impostas a toda Comunidade Internacional. Há, por outras palavras, normas que são categorizadas como *iuris cogentis*, cuja teoria merece melhor apreciação.

---

<sup>643</sup> **Resolution 2625 (XXV).** Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/348/90/IMG/NR034890.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 6.08.12.

<sup>644</sup> ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. **Direito internacional público**. Parte I. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 46.

### 5.1.1.1 A vinculação cogente da Comunidade Internacional aos Direitos Humanos

A aproximação da pré-constitucionalização da Comunidade Internacional ao esquema de organização política e jurídica do Estado é, por muitas razões, mais uma construção doutrinal com fins a demonstrar o processo de integração iniciado pelo fenômeno da Mundialização, do que verdadeiramente a instauração de um regime cosmopolita, fundamentado na *paz perpétua*. Para além de se ter em consideração uma realidade inscrita no pluralismo cultural, determinada por muitas vicissitudes existenciais, repercutindo, por isso, inapelavelmente, nas direções escolhidas pelo poder político original de cada povo, e por cada Nação, a História da Comunidade Internacional é também marcada pela disputa da hegemonia global, nos campos político e econômico, até, pelo menos, fins da década de 80 do século passado<sup>645</sup>, período da Guerra Fria, em que duas grandes potências polarizaram posições ideológicas, uma irradiando valores da democracia liberal e do capitalismo, outra apregoando os aspectos fundamentais marxistas e um modelo econômico avesso ao mercado, sujeito ao incisivo intervencionismo estatal. Dessa forma, se por um lado os Estados manifestam determinadas vocações políticas, jurídicas e econômicas potencialmente conflitantes entre si, e impeditivas de uma harmoniosa ordem jurídica mundial, por outro a ideologização dos Estados periféricos disseminada pelos protagonistas do leste e oeste, constitui fator de contraposição ao conjunto ético-normativo estruturante da Comunidade Internacional e da Carta das Nações. Em qualquer das situações, contudo, parece existir uma contenda entre os propósitos internacionalistas governados pelas Organizações Internacionais e a existência individuada dos Estados.

O modelo de Estado moderno sobrepunha-se – e num

---

<sup>645</sup> OHMAE, Kenichi. **The end of the nation state**. The rise of regional economies. Nova Iorque: The Free Press, 1995, *maxime* capítulo I, oferece um quadro de muitos pormenores acerca da mudança de paradigmas a partir do fenômeno da globalização, sem descurar, no entanto, que as particularidades culturais das nações subsistem, v.g., na comunidade francófona do Quebec, no Canadá ou entre os catalães, na Espanha.

determinado nível de sua análise, ainda se sobrepõe – a qualquer intento de criação de um governo mundial e, de fato, não há indícios de que o processo de internacionalização do direito visasse à eliminação de fronteiras políticas. De forma mais explícita, é lícito dizer-se que o sistema internacionalista tem como limite a soberania, como, aliás, se depreende do art. 1º, 2, da Carta das Nações, ao dispor que as relações entre Estados se dão mediante o respeito ao princípio de igualdade de direitos e ao princípio da autodeterminação dos povos. A Resolução 2625 (XXV) da Assembleia-Geral da ONU sacramenta esta interpretação quando erige a soberania à condição de princípio que deve ser respeitado pelos Estados da Comunidade Internacional. Esta ideia abrange alguns sub-princípios, dentre os quais o de que cada Estado goza dos direitos inerentes à soberania, o de que deve ser preservado o respeito pela personalidade de cada Estado e o de que cada membro da Comunidade Internacional pode fazer suas escolhas livremente no sentido de desenvolverem seus sistemas político, social, econômico e cultural. O princípio da não intervenção, que veda a um Estado ou grupo de Estados (Organização Internacional) intervir direta ou indiretamente nos negócios internos ou externos de qualquer Estado<sup>646</sup>, resulta como um dos corolários da soberania.

Mas a gênese tanto da Comunidade Internacional como do Estado, com todos os predicativos que lhe são normalmente atribuídos conceitualmente, são fenômenos da modernidade, que passaram, no entanto, por vertiginosas modificações. Numa correlação tão inextricável quanto óbvia, aliás. Assim, de uma acepção inicial que personificava no monarca um poder político total, de modo que *principis a legibus solutus*, ao momento em que o Mundo é feito

<sup>646</sup> **Resolution 2625 (XXV).** Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/348/90/IMG/NR034890.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 6.08.12. Ao comentar sobre as limitações da Carta das Nações, REHMAN, Javid. **international human law**. A practical aproach. Londres: Pearson Education, 2003, p. 27, lembra que o disposto em seu art. 2º, 7 contém o princípio da não intervenção. De fato, ao referir que “Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes no Capítulo VII.”, a norma descreve traços do princípio da não intervenção (**Carta das Nações Unidas**. Promulgada pelo Decreto n.º 19.841, de 22 de outubro de 1945. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm)>. Acesso em 10.08.12).

de interrelações, e os Estados têm de adequar-se a interesses que se sobrepõem à condição individualizada dos entes políticos, chegou-se a uma altitude vital histórica que não se compagina com a ideia de poder incontestável<sup>647</sup>.

A tentativa de harmonização de interesses de maior relevância com as direções de auto-governo, que se refletirá tanto na ideia de soberania como nas relações dos Estados da Comunidade Internacional, ultrapassa a experiência política operada pela diplomacia, verificando-se também através de alguns entendimentos expressos pelo Tribunal Internacional de Justiça, desde meados do século passado. O primeiro pronunciamento de relevância sobre a matéria encontra-se na Opinião Consultiva de 28 de maio de 1951 quando, consultada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas sobre os efeitos das reservas apresentadas pelos Estados, no momento da adesão ou da ratificação, à Convenção para a Prevenção e a Sanção do Delito de Genocídio, a Corte salientou a superioridade do objeto da matéria convencional em relação aos interesses particulares dos entes políticos. A princípio, o Estado pode considerar-se como parte na Convenção se as reservas apresentadas não forem incompatíveis com o objeto e a finalidade nela consagrados; destacou que aquele documento de Direito Internacional dos Direitos Humanos teve, em seus trabalhos preparatórios, os auspícios da Assembleia-Geral, onde os Estados consentiram com as cláusulas ao final positivadas; seu objeto, além do mais, converge para os propósitos declarados na Carta das Nações Unidas. Finalmente, ao tratar da impossibilidade de transigir sobre questões fundamentais, a Corte referiu que

*Los principios en que se basa [a convenção] son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para todos los Estados, incluso sin ninguna relación convencional; se ha querido que sea una convención de alcance universal; su finalidad es puramente humanitaria y civilizadora; los Estados contratantes no obtienen ninguna ventaja, ni tienen intereses*

---

<sup>647</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade**. Democracia, direito e Estado no século XXI. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2011, p. 84, ao referir sobre a evolução do conceito de soberania, refere que “A Soberania Nacional, a partir do final da Segunda Guerra Mundial, passou a debater-se para conciliar-se com um fato inegável: que as comunidades políticas – os Estados – passaram a fazer parte de uma sociedade internacional, regida por normas próprias. O Estado Constitucional Moderno Soberano encontrou-se, forçosamente, vinculado a obrigações externas”.

*proprios, sino un interés común.*<sup>648</sup>

A resposta à consulta reconhece, em suma, a existência de valores e interesses superiores ao poder de auto-governo dos Estados, que devem prevalecer nas relações da Comunidade Internacional. Mais que isso, escapam ao domínio convencional, uma vez que obrigam inclusive os Estados que não tenham tomado parte, ratificado ou aderido à Convenção, constituindo-se, dessa forma, espécie de limite à soberania. Consubstanciam-se em princípios ou normas que entram na categoria denominada pela doutrina jusinternacionalista de *ius cogens*, que viria a ser reconhecida pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, em seus arts. 53 e 64. O conceito, no entanto, é incompleto e parece mais sugerir problemas do que soluções aos intérpretes do Direito Internacional, especialmente pelo fato de que nenhuma Organização Internacional tem a prerrogativa para estabelecer as normas de caráter imperativo.

O primeiro deles reside no fato de a Convenção não indicar que normas podem ser categorizadas como *iuris cogentis*. Seu art. 53 apenas indica que um tratado poderá ser considerado nulo se, no momento da celebração, contrariar norma imperativa do Direito Internacional geral. Por norma imperativa, deve ser entendida a que for aceita e reconhecida pela Comunidade Internacional em seu conjunto “como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.”<sup>649</sup> À partida, as normas terão o caráter imperativo, devendo ser respeitadas por toda a Comunidade Internacional, se por ela forem acolhidas de forma ampla<sup>650</sup>. No entanto, isto não é só por si suficiente para uma perfeita

<sup>648</sup> **Opinión Consultiva.** Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. (28.05.1951). Disponível em: <[http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum\\_1948-1991.pdf](http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf)>. Acesso em 08.08.12. A interpolação não consta do trecho original.

<sup>649</sup> **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.** Promulgada pelo Decreto n.º 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm)>. Acesso em: 10.08.12.

<sup>650</sup> Quando o mencionado art. 53 dispõe sobre o reconhecimento da norma pela Comunidade Internacional no seu conjunto, coloca-se aí um problema. BRITO, Wladimir. **Direito internacional público.** Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 293-294, refere que “As normas de *ius cogens* são normas do Direito Internacional geral, precisamente porque são normas universais, o que levanta um primeiro problema que é o de saber se essa universalidade decorre

taxonomia, uma vez que há tratados multilaterais, com adesão de inúmeros Estados, sem que se tenha a certeza de que suas normas podem ser exigidas à toda Comunidade Internacional, incluindo aqueles membros que discordem do cariz imperativo do comando nelas inserido. A categorização das normas como pertencentes ao *ius cogens*, seguindo-se o critério de sua aceitação pela maioria dos Estados, pode dar azo ao aumento desmesurado de seu rol, causando o risco da banalização referido por Acosta-López e Duque-Vallejo, tendo como mais grave implicação a perda de sua essência e, portanto, da própria efetividade<sup>651</sup>. Explique-se melhor.

As normas das quais aqui se trata possuem características especiais, que as realçam em relação a outras normas, denotando sua primazia num esquema de hierarquização do *corpus* do Direito Internacional. A primeira diz respeito ao fato de que devem ser consideradas inderrogáveis, ou seja, não podem ser objeto da liberdade contratual dos Estados de modo a que se modifique, altere ou derogue, por meio de tratados sem o alcance geral para toda a Comunidade Internacional, seu conteúdo. Ora, a extensão desta tipologia a outras normas geraria o risco de engessar-se o sistema normativo do Direito Internacional.

A segunda característica, relaciona-se com o fato de que as normas do *ius cogens* impõem obrigações de natureza *erga omnes*. Esta noção foi estabelecida, no Direito Internacional, pelo Tribunal Internacional de Justiça, no

---

da aceitação dessas normas por toda comunidade internacional, ou melhor, se é necessário que elas sejam unanimemente aceites por todos os Estados, visto que, de facto, a expressão usada pelo art. 53º da Convenção, "... aceite e reconhecida pela comunidade internacional de Estados no seu conjunto..." é ambígua, podendo levar a pensar que tal normativo exige a aceitação e o reconhecimento unânime. Relativamente a esta questão podemos dizer que vai sendo generalizada a doutrina que considera não ser necessária a unanimidade, tanto mais que ela poderia conduzir ao absurdo de a oposição de um único Estado poder impedir a formação do *ius cogens*. Assim, hoje, a generalidade da doutrina aceita que, para a formação do *ius cogens*, o **art. 53º não exige a unanimidade** – e isto resulta dos trabalhos preparatórios –, pois tal exigência tornaria difícil a determinação de uma dada norma do *ius cogens*. Deste modo, a doutrina tem entendido que para a formação do *ius cogens* basta que a norma seja emanada de "*Etats assez nombreux et assez divers pour représenter la communauté internationale*", como nos refere Thierry, Jean Combacau, Serge Sur e Charles Vallée." (negrito e itálicos do original).

<sup>651</sup> ACOSTA-LÓPEZ, Juana Inés; DUQUE-VALLEJO, Ana Maria. Declaración Universal de Derechos Humanos, ¿norma de *ius cogens*? **Revista Colombiana de Derecho Internacional**. Bogotá, n.º 12, Edición Especial, 2008, p. 26.

*caso Barcelona Traction*, quando dispôs que as obrigações dessa modalidade são assumidas ante toda a Comunidade Internacional, e contêm valores concernentes a todos os Estados devido à importância dos direitos de que tratam, de forma que qualquer Estado terá direito a exigir seu respeito; e, segundo ressalta Meron, “When a State breaches an obligation *erga omnes*, it injures every State, including those not specially affected. In this sense, every State is a victim of a violation of an obligation *erga omnes*.”<sup>652</sup> A decisão segue, pois, estas linhas mestras, e, tornando a matéria mais assimilável, cita, a título exemplificativo, determinadas normas gravadas com a cláusula, como as que proíbem os atos de agressão ilegais, o genocídio, o escravismo e a discriminação racial<sup>653</sup>. Também aqui não se tem um conceito fechado, de modo que é a Jurisprudência do Direito Internacional<sup>654</sup> que fixará as normas de natureza *erga omnes*<sup>655</sup>.

---

<sup>652</sup> MERON, Theodor. **Collected courses of the Hague Academy of International Law (2003)**. T. 301. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 264.

<sup>653</sup> No **Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited**. Judgment, I.C.J., Reports 1970, p. 33, lêem-se as diferenças entre as modalidades de obrigações assumidas pelos Estados: “When a State admits into its territory foreign investments or foreign nationals, whether natural or juristic persons, it is bound to extend to them the protection of the law and assumes obligations concerning the treatment to be afforded them. These obligations, however, are neither absolute or unqualified. In particular, **an essential distinction should be draw between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field o diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States.** In view of the importance of the rights involved, **all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*.**” E a modo de exemplificar, o julgado dispõe que essas obrigações derivam, no atual Direito Internacional, “**from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination.** Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951*, p. 23); others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character.” (Os destaques em negrito não constam do original).

<sup>654</sup> A categoria inclui em sua definição os Acórdãos e Pareceres do Tribunal Internacional de Justiça, os Comentários Gerais do Comitê dos Direitos Humanos, as Comunicações Individuais do Comitê dos Direitos Humanos, os Comentários do Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, as Decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e da Comissão Europeia dos Direitos do Homem e do Comitê Europeu dos Direitos Sociais, as Decisões do Tribunal Americano dos Direitos Humanos.

<sup>655</sup> MERON, Theodor. **Collected courses of the Hague Academy of International Law (2003)**. T. 301. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 262 e ss., faz, no entanto, um apanhado de normas com caráter *erga omnes*, destacando que o mais significativo exemplo desta categoria pode ser localizado nas Convenções de Genebra, que tratam da proteção das vítimas de guerra, cujo art. 1º enfatiza que as partes contratantes se obrigam “a respeitar e fazer



As características mencionadas, em suma, conferem às normas *iuris cogentis* – desta forma entendidas as que forem universalmente aceitas –, a exigibilidade das obrigações nelas inscritas não apenas aos Estados signatários ou aderentes de Convenções, mas, também, àqueles que não tenham admitido sua imperativa vinculação. Constituem-se, numa denominação comumente repetida, *normas peremptórias*<sup>656</sup>, que nem se conciliam com exceções, nem com a derrogação por ato unilateral. Numa palavra, sobem ao mais alto grau da hierarquia do Direito Internacional. Esta ideia relativamente à altura hierárquica em que se encontram as normas de *ius cogens* deve preponderar na *ratio* político-jurídica para sua eleição, de modo a reforçar a legitimidade dos diversos níveis de exigência, inclusive pelo Conselho de Segurança. Ainda assim, a operação hermenêutica terá de amparar-se em critérios mais consistentes para a efetivar a taxonomia das normas.

Se se pensar que os valores do Direito Internacional do modelo pós-vestefaliano são encontrados em seus dois principais vetores, o estabelecimento da paz mundial e o respeito aos Direitos Humanos, então as normas de especial dignidade, pertencentes ao *ius cogens*, poderão ser aí procuradas. Aliás, a própria Carta das Nações fornece indicativos de que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, cabe, a princípio, na categoria, uma vez que exige o cumprimento das obrigações nela assumidas (art. 2º, 2), dentre as quais as relativas ao respeito aos Direitos Humanos. A Jurisprudência tem se manifestado sobre a matéria, sendo que com base nos precedentes já se pode elaborar um rol preliminar.

O Comentário Geral n.º 21, do Comitê dos Direitos Humanos, relativamente ao tratamento a ser dado às pessoas privadas da liberdade, dispõe que elas merecem tratamento humano, condizente com sua dignidade, acrescentando que esta é “a fundamental and universally applicable rule. Consequently, the

---

respeitar” as normas ali dispostas. Meron lembra que esta disposição de caráter *erga omnes* precede em duas décadas o caso *Barcelona Traction*.

<sup>656</sup> MERON, Theodor. **Collected courses of the Hague Academy of International Law (2003)**. T. 301. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 208.

application of this rule, as a minimum, cannot be dependent on the material resources available in the State party. This rule must be applied without distinction of any kind”<sup>657</sup>.

Em outra opinião, que deu corpo ao Comentário Geral n.º 29, desta feita tratando da cláusula suspensiva de direitos prevista no art. 4º, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Comitê dos Direitos Humanos ratificou o entendimento sobre o tratamento que deve ser destinado aos presos, embora a matéria não faça parte das exceções listadas no referido dispositivo; mas a impossibilidade de derrogação se explica pelo fato de estar em causa a dignidade da pessoa humana e por guardar relação com as proibições de tortura, de penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, previstas no art. 7º do Pacto, considerado como norma não derogável (e, pois, *iuris cogentis*). Considera que as proibições de fazer reféns, raptos ou detenção abusiva não estão sujeitas à derrogação, por se tratar de normas do Direito Internacional geral. As normas de proteção de direitos das minorias devem ser válidas em quaisquer circunstâncias, por serem reflexas às normas de não discriminação assentes no Direito Internacional que proíbe o genocídio. Por fim, entende que nenhuma situação de exceção autoriza a deportação ou a transferência forçosa de uma população sem justificativas, constituindo tal ato crime contra a humanidade<sup>658</sup>.

<sup>657</sup> **General Comment No. 21.** Office of the High Commissioner for Human Rights. Disponível em: <[www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/3327552b9511fb98c12563ed004cbe59?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/3327552b9511fb98c12563ed004cbe59?Opendocument)>. Acesso em: 13.07.12.

<sup>658</sup> **General Comment No. 29.** Office of the High Commissioner for Human Rights. Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/71eba4be3974b4f7c1256ae200517361/\\$FILE/G0144470.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/71eba4be3974b4f7c1256ae200517361/$FILE/G0144470.pdf)>. Acesso em: 13.08.12. As orientações consolidadas no Comentário, no entanto, não são exaustivas, deixando de referirem-se aos demais casos de impedimento de derrogação previstos no art. 4º, § 2º, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**. 4. ed. rev. e atual. Cascais: Principia, 2009, p. 102-121, delimita a formação do *ius cogens* a partir de diversos referenciais recolhidos em convenções, tratados e Jurisprudência e não evita citar os casos de normas inderrogáveis previstos no Pacto. De igual forma, cabem na categoria os direitos e princípios excetuados de derrogação previstos no art. 15, 2, da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, quais sejam: o direito à vida, salvo quanto ao caso de morte resultante de atos ilícitos de guerra (art. 2º); as proibições de tortura (art. 3º), de escravidão e servidão (art. 4º, § 1) e o princípio da legalidade em relação aos julgamentos criminais (art. 7º). **Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades**

O Tribunal Internacional de Justiça reitera um dos entendimentos prescritos no Comentário Geral n.º 29, quando, na decisão proferida sobre o caso *Relativo ao Pessoal Diplomático e Consular dos Estados Unidos em Teerã*<sup>659</sup>, ressaltou que o fato repercutia em toda a Comunidade Internacional, sendo que o sucedido colocava em causa “una construcción jurídica cuidadosamente elaborada, cuyo mantenimiento es vital para la seguridad y el bienestar de la comunidad internacional.”<sup>660</sup>

Essas orientações emanadas da Jurisprudência já permitem a fixação inicial de algumas normas que comporão a categoria do *ius cogens*, as quais são confirmadas pela doutrina, como a de Meron<sup>661</sup>. No entanto, não se encontra consenso quanto à inclusão de outras, especialmente das que estão positivadas no principal documento dos Direitos Humanos, a Declaração Universal. Isto porque sua natureza jurídica de Resolução provoca dissenso doutrinário acerca da capacidade vinculante. Aliás, mesmo que o Direito Internacional dos Direitos Humanos seja vincado por valores éticos ditos universais, fazem-se ressalvas quanto à identificação, *ipso facto*, de normas do *ius cogens* em seu campo.

Por um lado, a natureza jurídica da Declaração Universal dos Direitos Humanos não parece ser suficiente para diminuir sua importância para a Comunidade Internacional. Para além de inspirar-se nas correntes de constitucionalização, confirmando tanto direitos sociais como direitos individuais consagrados pelo constitucionalismo do século passado, a Declaração ganhou relevo por ter sido reiteradamente aplicada em Resoluções da Assembleia-Geral da

---

**Fundamentais.** Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>>. Acesso em: 14.08.12.

<sup>659</sup> Em 1979 o corpo diplomático e consular dos Estados Unidos teve seus diplomatas feitos reféns Irã, imputando-se ao Estado islâmico conivência com o ato terrorista.

<sup>660</sup> **Caso Relativo al Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teheran.** Fallo de la Corte Internacional de Justicia, 24 de mayo de 1980. Disponível em: <[http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum\\_1948-1991.pdf](http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf)>. Acesso em: 13.08.12.

<sup>661</sup> MERON, Theodor. **Collected courses of the Hague Academy of International Law (2003)**. T. 301. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 261-269.

ONU<sup>662</sup>. E, apesar da contingência apenas declarativa, a Conferência Internacional sobre Direitos Humanos de Teerã, realizada em 1968, considerou-a de aplicação obrigatória por toda a Comunidade Internacional<sup>663</sup>. Ou seja, reconhece-se que a Declaração é axiologicamente significativa para a humanidade. Mas, por outro lado, não são de menor importância as razões que levam parte da doutrina a desatrelar a matéria dos Direitos Humanos do conceito de *ius cogens*. Há quem, como Linderfalk, refira que o conceito, pelo que é depreendido do disposto no art. 53, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, se aplicará às normas legais do Direito Internacional, ou seja, aquelas formuladas nos tratados, restando excluído o direito costumeiro<sup>664</sup>. Além do mais, e como consequência da primeira observação, o autor coloca em evidência o caráter regulativo desta modalidade de normas, de maneira que somente os enunciados que determinem um comportamento poderão, se conformados com os requisitos expressos pela Convenção de Viena, configurar *iuris cogentis*<sup>665</sup>. Toledo Júnior, por seu turno, deixa de entrar no debate sobre a qualificação de direito costumeiro atribuída às normas da Declaração Universal<sup>666</sup>,

<sup>662</sup> ACOSTA-LÓPEZ, Juana Inés; DUQUE-VALLEJO, Ana Maria. Declaración Universal de Derechos Humanos, ¿norma de *ius cogens*? **Revista Colombiana de Derecho Internacional**. Bogotá, n.º 12, Edición Especial, 2008, p. 22.

<sup>663</sup> **Conferência Internacional sobre Direitos Humanos**. Proclamação de Teerã (1968), item n.º 2. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Confer%C3%A2ncias-de-C%C3%BApula-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas-sobre-Direitos-Humanos/proclamacao-de-teera.html>>. Acesso em: 14.08.12. É bem verdade que a declaração dessa obrigatoriedade não se viu repetida na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de Viena (1993). A Conferência apenas “reafirma o empenho solene de todos os Estados em cumprirem suas obrigações no tocante à promoção do respeito universal, da observância e da proteção de todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais para todos, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, com outros instrumentos relacionados com os Direitos Humanos e com o Direito Internacional.” Contudo, ao final do item I salienta que “A natureza universal destes direitos e liberdades é inquestionável.” **Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de Viena (1993)**. Declaração e Programa de Acção de Viena. Disponível em: <[http://direitoshumanos.gddc.pt/3\\_1/IIIPAG3\\_1\\_9.htm](http://direitoshumanos.gddc.pt/3_1/IIIPAG3_1_9.htm)>. Acesso em: 14.08.12.

<sup>664</sup> LINDERFALK, Ulf. The effect of jus cogens norms: whoever opened Pandora’s Box, did you ever think about the consequences? **The European Journal of International Law**. Vol. 18, nº 5, p. 856.

<sup>665</sup> LINDERFALK, Ulf. The effect of jus cogens norms: whoever opened Pandora’s Box, did you ever think about the consequences? **The European Journal of International Law**. Vol. 18, nº 5, p. 856.

<sup>666</sup> Problema este ponderado por REHMAN, Javaid. **international human law**. A practical approach. Londres: Pearson Education, 2003, p. 60, que destaca algumas normas, como os direitos ao repouso, ao lazer, a um bom padrão de vida, de participar na vida cultural da comunidade, como as que suscitam questionamentos acerca de seu valor legal e jurídico.

para refletir sobre “O caráter fluído e aberto dos direitos humanos”, que não se compagina, *tout court*, com a categoria do *ius cogens*, especialmente porque o aparecimento de novos direitos nem sempre é assimilado pela sociedade internacional<sup>667</sup>. Por isso, a matéria enreda-se em questionamentos polêmicos que estão longe de uma solução pacífica.

As dificuldades, no entanto, transpõem o âmbito teórico para afetar os mecanismos resolutivos e de controle dos conflitos envolvendo Direitos Humanos. A imunidade dos Estados invocada para evitar a jurisdição penal internacional é, *v.g.*, um dos expedientes que colocam em causa a força vinculativa das normas pertencentes à categoria *ius cogens*. O aceso debate em torno do caso *Al-Adsani vs. Reino Unido*, levado à Corte Europeia de Direitos Humanos (Apel. n.º 35763/97, julgado em 2001), em que, com a decisão final, a maioria dos magistrados rejeitou a imputação de violação de falta de proteção do direito a não ser torturado, ao mesmo tempo em que discutiu a teoria da imunidade frente às normas de caráter imperativo, demonstra, a um só tempo, a falta de consenso em torno de matérias cruciais para o Direito Internacional e a fragilidade da estrutura internacional de proteção dos Direitos Humanos<sup>668</sup>.

Se no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos mais reduzido, consagrado às normas inderrogáveis e imperativas, se observam

---

<sup>667</sup> TOLEDO JÚNIOR, Milton Nunes. **Direito internacional imperativo. *Jus cogens***. Dissertação de mestrado em Direito. Universidade Católica de Brasília, 2006, p. 86-87.

<sup>668</sup> CAPLAN, Lee M. State immunity, human rights, and *jus cogens*: a critique of the normative hierarchy theory. **The American Journal of International Law**. Vol.97, p. 741-781, 2003, faz uma ampla abordagem do julgamento e da situação em causa. Com efeito, Sulaiman Al-Adsani integrou as tropas do Reino Unido que lutaram no Kuwait, na guerra de 1991 contra o Iraque. Na ocasião, Al-Adsani foi responsabilizado pela divulgação de vídeos comprometedores sobre o Xequê Jaber Al-Sabah Al-Saud Al-Sabah, parente do emir do Kuwait. Foi espancado, supliciado, no palácio do irmão do Emir, onde, inclusive, teve seu corpo queimado. Ao retornar para a Grã-Bretanha, Al-Adsani moveu ação contra o governo do Kuwait perante a Alta Corte da Inglaterra, pretendendo a responsabilização daquele Estado pelos danos físicos e psicológicos sofridos em razão das torturas. A Corte negou provimento sob o argumento de falta de jurisdição em razão da imunidade do Estado assegurado pelo State Immunity Act, de 1978. Al-Adsani apelou para a Corte Inglesa de Apelação, que confirmou a decisão anterior. Melhor sorte não teve perante a Casa dos Lordes, em razão de que recorreu à instância da Corte Europeia de Direitos Humanos, alegando que o Reino Unido deixou de proteger o direito a não ser torturado, negando-lhe acesso à ação judicial, onde, novamente, não logrou êxito.

empecilhos para a efetivação das garantias dos Direitos Humanos, na grande esfera que o envolve as dificuldades podem assumir dimensões bem mais complexas. As formas de adequação dos membros da Comunidade Internacional à normatização dos Direitos Humanos, concretizada em tratados sobre a matéria e em seus Protocolos regulativos, podem incluir desde a mais relutante omissão de Estados, que não os assinam ou ratificam, até a adesão com a aposição de declarações interpretativas e de reservas que chegam a mitigar a vinculação<sup>669</sup>.

Os problemas antes referidos avultam numa Comunidade Internacional que está longe de caracterizar um regime político-jurídico cosmopolita em o qual, apesar da pluralidade de Estados, povos e culturas, não pode estabelecer uma *ratio* de humanismo integral capaz de sobrepor-se às diferenças. Os próprios mecanismos do modelo jusinternacionalista, calcados nas ideias tradicionais de soberania e de Estado-nação, criam circunstâncias adversas para a efetivação dos Direitos Humanos, dando a impressão de que ambas estão localizadas em polos distantes e são inconciliáveis. É o que melhor será analisado a seguir.

## 5.2 Insuficiência dos mecanismos de direito internacional dos Direitos Humanos

A ordem na Comunidade Internacional instaurada após a Segunda Guerra Mundial equilibrou-se, por quatro décadas, na polarização de sistemas políticos de direita e de esquerda, entre modelos econômicos orientados pelo capitalismo liberal e o de intervenção estatal nos moldes marxistas, e numa

---

<sup>669</sup> MARTINS, Ana Maria Guerra. **Direito internacional dos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 145, esclarece que “O mecanismo das reservas permite aos Estados precisarem a extensão das suas obrigações, o que torna possível uma mais ampla participação nos tratados relativos aos direitos humanos.” No entender da autora, “As reservas devem ser entendidas como um mal menor, pois os tratados sobre os direitos humanos são os que mais põem em causa a soberania dos Estados.” É inegável, contudo, que o manejo deste instrumento por uma das partes contraentes de tratado, diminui a força vinculativa da Comunidade Internacional como um todo.

tensão controlada entre as duas grandes potências que encarnavam aquelas posições, Estados Unidos e União Soviética, protagonizando a Guerra Fria. Ambas, dominando a tecnologia para o fabrico de armamento nuclear, respeitavam um conveniente distanciamento que as impedia de dar início a um confronto bélico, que implicaria em destruição sem precedentes<sup>670</sup>. As duas novas superpotências, que quebram a antiga hegemonia da Europa sobre o sistema de Estados, “eram centros em torno dos quais se desenvolveram sociedades muito separadas, estrategicamente presas uma contra a outra, mas isoladas pela geografia e pela ideologia.”<sup>671</sup> Mas é inegável, como reconhece Watson, que a tradição europeia de concerto de Estados se impôs na formação da Comunidade Internacional, e em consequência prefere-se um congresso diplomático à hipótese de um governo mundial. Além do mais, completa o professor da Universidade da Virgínia, não parecia que houvesse disposição por parte dos principais atores que atuavam no palco mundial de fazer o sistema funcionar: durante a estruturação das Nações Unidas, a Rússia propôs a retomada do modelo do Concerto da Europa, e a criação de um Conselho de Segurança no qual cinco potências teriam assento permanente, com prerrogativas que aniquilariam a possibilidade de maior participação democrática dos Estados membros da Organização Internacional<sup>672</sup>; “assim, a oposição ativa de qualquer uma dessas potências poderia bloquear

<sup>670</sup> WATSON, Adam. **A evolução da sociedade internacional**. Uma análise histórica comparativa. Tradução de René Loncan. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004, p. 407, como observador da política internacional daquele período, mitiga a probabilidade de uma guerra, afirmando que “Eles [Estados Unidos e União Soviética] se mantiveram na prática bem longe dos umbrais de um suicídio em massa (a despeito de afirmações em sentido contrário).”

<sup>671</sup> WATSON, Adam. **A evolução da sociedade internacional**. Uma análise histórica comparativa. Tradução de René Loncan. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004, p. 402.

<sup>672</sup> A propósito, ZOLO, Danilo. **Cosmópolis**. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial. Tradução para o espanhol de Rafael Grasa e Francesc Serra. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2000, p. 40, lembra que a Assembleia Geral tem um papel “limitado a la aprobación de grandes declaraciones de principios no vinculantes, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 o la de sus numerosos documentos de carácter prolijo y genérico sobre problemas mundiales tales como la ayuda a los países subdesarrollados, la protección del medio ambiente, el desarrollo del comercio internacional, el control demográfico o los derechos humanos.” Não é diferente a crítica de HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 47-48. Título original: **Zeit der Übergänge**, para quem, para contornar os problemas enfrentados pelo Direito Internacional, “é necessário um conselho de segurança que funcione, a jurisdição coercitiva de um tribunal internacional e a complementação da assembleia geral de representantes governamentais por um “segundo nível” de representação dos cidadãos do mundo.”

decisões do conselho geradoras de obrigações, de modo que o apoio, ou pelo menos a aquiescência, das cinco potências fosse necessário para que as Nações Unidas adotassem qualquer ação coletiva significativa.”<sup>673</sup> O’Rawe vai mais longe em sua crítica ao afirmar que a constituição das Nações Unidas “serviu para sublinhar a dominação política de um pequeno número de países, dando-lhes uma palavra desproporcionada acerca do modo como a nova organização se desenvolveria e agiria.”<sup>674</sup> Talvez em razão dessa incontestável liderança, a situação mais dramática vivida já nos estertores da Segunda Guerra Mundial, os bombardeios de Hiroshima e Nagasaki pelos Estados Unidos, ocorreu seis semanas após a assinatura da Carta das Nações Unidas, cujo objetivo primordial era exatamente o estabelecimento de uma paz mundial<sup>675</sup>.

No campo específico do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o sistema da Organização das Nações Unidas mostrar-se-á inadequado para criar uma política jurídica padrão para os Estados da Comunidade

---

<sup>673</sup> WATSON, Adam. **A evolução da sociedade internacional**. Uma análise histórica comparativa. Tradução de René Loncan. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004, p. 403.

<sup>674</sup> O’RAWE, Mary. As Nações Unidas: estrutura *versus* substância (lições dos principais tratados e pactos). In HEGARTHY, Angela; LEONARD, Siobhan. **Direitos do homem**. Uma agenda para o século XXI. Lisboa: Instituto Piaget, 2003, p. 40. Título original: **Human rights**: an agenda for the 21st century.

<sup>675</sup> O’RAWE, Mary. As Nações Unidas: estrutura *versus* substância (lições dos principais tratados e pactos). In HEGARTHY, Angela; LEONARD, Siobhan. **Direitos do homem**. Uma agenda para o século XXI. Lisboa: Instituto Piaget, 2003, p. 40-41. Título original: **Human rights**: an agenda for the 21st century. A crítica sobre o arranjo de poderes na Comunidade Internacional recai, invariavelmente, sobre a influência exercida pelos protagonistas da Guerra Fria, até fim dos anos 80, sem se deixar de colocar em evidência seus malefícios para a política jurídica internacional dos Direitos Humanos. CHOMSKY, Noam. **Powers and prospects**. Reflections on human nature and social order. Londres: Pluto Press, 1996, *maxime* p. 170 e ss., expõe alguns exemplos de lances políticos ocorridos na segunda metade do século passado, de iniciativa de Estados aos quais denomina de *canalhas (rogues)*, como a neutralidade dos Estados Unidos, Inglaterra, França, em relação aos embates pela autodeterminação do povo timorense, em 1978, quando milhares de vidas foram perdidas graças à ação militar empreendida pela Indonésia, do Presidente Suharto, armada pelos norte-americanos. O autor, conhecido crítico da política internacional norte-americana, mostra-se cético, de uma forma geral, quanto à atividade da ONU. Afirma que no período inicial de sua História, que vai até o início do processo de descolonização, os Estados Unidos lideravam as manobras de política internacional. No entanto, no novo período, as Nações Unidas tornaram-se “sumamente ineficazes”, bastando, para chegar-se a esta conclusão, ater-se aos “vetos en el Consejo de Seguridad, que cubren una amplia gama de temas” (CHOMSKY, Noam. **Estados canallas**: el imperio de la fuerza en los asuntos mundiales. Tradução ao espanhol de Mônica Salomon. Barcelona: Paidós, 2002, p. 13).



Internacional. Embora haja o reconhecimento formal dos Direitos Humanos inscritos na Declaração Universal e nos Pactos Internacionais, há dificuldades para sua efetiva implementação. Não só em razão das distâncias culturais, a criarem percepções distintas sobre a matéria, e do receio de que seu discurso oficial, pela Organização Internacional, seja uma velada pretensão de hegemonia do Ocidente: a ideia de soberania, por mais que se tenha modificado desde a intensificação das relações entre Estados da Comunidade Internacional, é ainda pretexto recorrente em que esbarram as planificações político-jurídicas iniciadas ainda ao final da Segunda Guerra Mundial. Taiar destaca o fato de que as Nações Unidas vêm estruturando instrumentos para o controle das violações de Direitos Humanos, mas quando a Comissão específica, por meio de um relator, executa o monitoramento de caso concreto, é-lhe imposto um limite que o autoriza apenas a apresentar recomendações. Por outras palavras, as manifestações da ONU cingem-se, em geral, ao protocolar empenho diplomático de fazer sugestões, de todo em todo sem expressão vinculativa, tratando-se apenas de sanção de conteúdo ético<sup>676</sup>. Essa limitação é genesicamente localizada na política jurídica que estruturou aquela Organização Internacional, que vive uma situação de antagonismo: por um lado, inscreveu em seu documento constitutivo os mais altos ideais reclamados após impacto da guerra, incluindo o respeito aos Direitos Humanos, os quais deveriam transcender os interesses unilaterais, mas, por outro, tinha entre seus pressupostos a soberania, segundo o modelo em que o exercício do poder não transige nem faz concessões em relações multilaterais, por isso mais adaptável ao atendimento de conveniências estipuláveis pelo sistema contratual (tal como se via, aliás, no sistema vestefaliano). O mecanismo que cria o divisor de águas entre as pretensões de Mundialização dos Direitos Humanos e a soberania dos Estados integrantes da Comunidade Internacional é expressamente reconhecido no art. 1º, 7, da Carta das Nações Unidas, na forma de princípio que orienta a prática político-jurídica da Organização Internacional, que é o princípio da não intervenção, mais

---

<sup>676</sup> TAIAR, Rogério. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos. Tese de doutorado em direito defendida na USP, 2009, p. 264.

tarde corroborado pela Resolução 2625 (XXV), de 24 de outubro de 1970.<sup>677</sup>

O sistema do Direito Internacional dos Direitos Humanos é, em verdade, pensado segundo uma lógica centrífuga, pela qual as responsabilidades assumidas em Convenções sobre Direitos Humanos são irradiadas para a Comunidade Internacional, com uma considerável perda de vigor na medida em que cada Estado membro conceberá sua política jurídica de forma consentânea com os interesses não da humanidade, mas de seus nacionais. Donnelly, a propósito disso, refere: “Even in the strong European regional human rights regime, the supervisory organs of the European Court of Human Rights

---

<sup>677</sup> PUREZA, José Manuel. **O patrimônio comum da humanidade**: rumo ao direito internacional da solidariedade? Porto: Edições Afrontamento, 1998, p. 74-75, lembra que esta marca do Direito Internacional contemporâneo advém de uma arraigada posição estatocêntrica da Comunidade Internacional. A aplicação do princípio permite que se reconheça um bem jurídico da *autodeterminação interna do Estado*, que é “a possibilidade de o Estado tomar livremente, no respeito pelas obrigações que o vinculam, as decisões que lhe incumbem no que respeita à conformação e funcionamento do seu sistema económico, político e social.” Coincide com essa interpretação a sentença do Tribunal Internacional no caso Nicarágua, de 10 de maio de 1984, quando se afirmou que “El derecho a la soberanía y a la independencia política que posee la República de Nicaragua, al igual que cualquier otro Estado de la región y del mundo, debe respetarse plenamente y no debe verse comprometido en modo alguno por actividades militares y paramilitares prohibidas por los principios de derecho internacional, en particular el principio que los Estados deben abstenerse en sus relaciones internacionales de la amenaza o el uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de otro Estado y el principio relativo a la obligación de no interferir en los asuntos que pertenecen a la jurisdicción interna de un Estado, principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas y en la Carta de la Organización de los Estados Americanos.” (**Caso Relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y Contra Nicaragua**. Nicaragua contra los Estados Unidos de América. Disponível em <[www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum\\_1948-1991.pdf](http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf)>. Acesso em: 10.09.2012). A questão problemática que aí se instala é o da delimitação dessa liberdade de autodeterminação política, econômica e social, pois que ela, inevitavelmente, tangencia o sistema dos Direitos Humanos internacional. HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 41-42. Título original: **Zeit der Übergänge**, entende que a intervenção dos Estados Unidos da América e de alguns Estados europeus no conflito entre o Kosovo e a Sérvia “poderia significar um salto na transição do clássico direito das nações para o direito cosmopolita de uma sociedade civil de cidadãos do mundo.”, segundo o qual a soberania e, conseqüentemente, o princípio dele decorrente de não intervenção, seriam mitigados em face de uma maior proteção dos Direitos Humanos. Este exemplo, assim como a intervenção internacional na Guerra do Golfo, respaldada pelo Conselho de Segurança que emitiu a Resolução 688, de abril de 1991, significariam uma viragem na forma de interpretar-se o princípio da não intervenção. Habermas, no entanto, mostra-se excessivamente otimista ao deixar de considerar que são poucos os casos em que o Conselho de Segurança se manifesta coeso em torno da necessidade da intervenção. Os acontecimentos recentes no Oriente Médio e em África demonstram um oposto ao prognóstico do sociólogo político alemão.

regulate relations between states and their nationals residents.”<sup>678</sup> O que, por outras palavras, se contrapõe às pretensões universalistas, ou de estruturação de um regime de direito cosmopolita.

Em outro nível problemático, percebe-se que a disputa pela força política pelos membros do Conselho de Segurança ao tratarem daquelas matérias relacionadas com a manutenção da paz e da segurança internacionais – que se imbricam com os Direitos Humanos, mormente quando a situação de instabilidade coloca em causa a vida, a integridade física e as liberdades – verificável não apenas ao tempo da Guerra Fria, mas atualmente, quando a Comunidade Internacional assiste à guerra civil na Síria, que já vitimou milhares de cidadãos, cria impasses e a mais clara impressão de falta de efetividade do Organismo Internacional. A Resolução da Assembleia Geral publicada em 3 de agosto de 2012<sup>679</sup>, condenando as violações aos Direitos Humanos e liberdades fundamentais por parte do governo e de seus opositores, não repercutiu nem na Síria, onde os ataques, executados de forma indistinta contra a milícia armada que se opõe a Bashar Al-Assad e civis permanecem, nem no Conselho de Segurança, que não adotou qualquer medida para solucionar os conflitos. Isto apesar de o embaixador daquele Estado Bashar Já’afari ter-se pronunciado na Assembleia Geral denunciando a regionalização e, mesmo, a internacionalização do conflito por meio do apoio de países árabes aos opositores do regime<sup>680</sup>. Na Resolução 2043 (2012), aprovada pelo Conselho de Segurança na 6756ª sessão, de 21 de abril, quando o conflito já atingia um estágio de paroxismo, o órgão deliberativo da ONU limitou-se a reconhecer que os insurretos e o governo não atenderam ao compromisso de evitar o movimento de tropas contra os centros povoados, de deixar de usar armas pesadas, e de iniciar a retirada das tropas das cidades e arredores; e, embora reconheça o aumento do número de baixas, afirmou apoiar as

<sup>678</sup> DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory & practice**. 2.de. Nova Iorque: Cornell University Press, 2002, p. 34.

<sup>679</sup> **Síria:** Asamblea General aprueba resolución que condena violencia. Disponível em: <<http://www.un.org/spanish/News/fullstorynews.asp?NewsID=24129>>. Acesso em: 07.08.2012.

<sup>680</sup> **La crisis ya no es nacional sino internacional**. Disponível em: <<http://www.un.org/spanish/printnews.asp?NewsID=24130>>. Acesso em: 07.08.2012.

propostas de Kofi Annan, exortando “al gobierno de Siria a que cumpla visiblemente a la totalidad de sus compromisos” e, ainda, que cessem “todos los actos de violencia armada en todas sus formas”<sup>681</sup>. Trata-se, portanto, de um documento político exortativo, sem deliberações objetivas, o que lhe confere um caráter mais simbólico do que prático<sup>682</sup>.

Assim, partindo da análise do âmbito prático-político dos órgãos executivos criados pelo sistema da Carta das Nações Unidas para a efetivação dos Direitos Humanos, poder-se-á estabelecer, juntamente com Zolo<sup>683</sup>, os seguintes pontos problemáticos, que ainda se encontram longe de uma solução que se enforme aos princípios reconhecidos pelo atual modelo de Direito Internacional:

a) há uma tendência de os Estados mais fortes, notadamente os que têm assento permanente no Conselho de Segurança, a perseguir seus interesses, inclusive pondo em prática políticas que contrariam os princípios aos

---

<sup>681</sup> **Resolución 2043 (2012).** Consejo de Seguridad. Disponível em <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=s/res/2043%20\(2012\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=s/res/2043%20(2012))>. Acesso em 07.08.2012. Esta Resolução faz menção à anterior, (**Resolução 2042 (2012)**). Consejo de Seguridad. Disponível em: <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=s/res/2042%20\(2012\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=s/res/2042%20(2012))>. Acesso em: 06.09.2012), de 14 de abril, na qual se encontra a Proposta de Seis Pontos, formulada pelo Enviado Especial Conjunto das Nações Unidas e Liga dos Estados Árabes. Este documento reivindica o compromisso de colaborar com o Enviado, para desenvolver um processo político tendente a colocar em negociação as aspirações da população Síria (1); de colocar fim às ofensivas armadas sob a supervisão da ONU (2); assegurar a prestação de ajuda humanitária a todas as zonas afetadas pelo conflito, assim como observar uma “pausa humanitária diária de duas horas” (3); liberar, em escala progressiva, as pessoas detidas de forma arbitrária (4); assegurar a liberdade de circulação para a imprensa (5); respeitar a liberdade de associação e o direito a manifestar-se pacificamente (6).

<sup>682</sup> As notícias veiculadas pelos meios de comunicação oficial da ONU denotam a gravidade dos conflitos na Síria, fazendo supor a necessidade de alguma intervenção. Sob este aspecto, parece haver um dissenso entre os pronunciamentos da Assembleia Geral e a postura adotada pelo Conselho de Segurança. Este órgão deliberativo, tem, no entanto, dentro de sua esfera de competências, a possibilidade de mostrar-se mais efetivo, uma vez demonstrada a falta de disposição diplomática da Síria para a solução pacífica dos conflitos, com a adoção de medidas como as previstas no Capítulo VII, da Carta das Nações Unidas, inclusive o uso de forças armadas para possibilitar ajuda humanitária ao povo.

<sup>683</sup> ZOLO, Danilo. **Cosmópolis**. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial. Tradução para o espanhol de Rafael Grasa e Francesc Serra. Barcelona: Paidós, 2000, p. 41-45. Título original: **Cosmópolis**.

quais aderiram no momento constituinte da Comunidade Internacional<sup>684</sup>;

b) não se estruturaram mecanismos eficientes para a resolução pacífica de disputas entre os Estados;

c) a dificuldade de estabelecerem-se meios conciliatórios, preferindo o uso de força que, a todas as luzes, é contrário aos princípios inscritos na Carta das Nações Unidas, mas tem o condão de reforçar a posição das superpotências.

O fim dos embates ideológicos entre as duas superpotências, simbolicamente marcado pela queda do muro de Berlim e pelo esfacelamento do *establishment* soviético, e as transformações que se seguem no leste europeu, parecem aprofundar as deficiências do sistema da Carta das Nações. Embora os membros permanentes do Conselho de Segurança continuem, como referido, a agir segundo uma lógica de conveniência da política externa própria de cada Estado, observa-se que os novos problemas detectáveis na Comunidade Internacional já não derivam de uma polarização, ou da evidência de binários formados pela relação de contrários, como colonização-autodeterminação, marxismo-capitalismo, autocracia-democracia: pode dizer-se que há hoje uma divisão triádica em razão da emergência da China como potência econômica e militar; do *11 de setembro* como marco histórico que desloca o eixo problemático do temor de uma guerra atômica para a questão do terrorismo; das ameaças que deixam de ser locais e ligadas aos movimentos independentistas, para se tornarem transnacionais<sup>685</sup>. Uma nova ordem econômica tende a modificar o sistema de

---

<sup>684</sup> A propósito, SMITH, Keri E. Iyall. **New agoras and old institutions: the case of Human Rights**. Disponível em: <<http://www.springerlink.com/content/0n7746r4u1988m57/>>. Acesso em 03.10.2012, ressalta, como aspecto negativo desse sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos sua estrutura burocrática e pouco democrática. E acresce: "The Security Council's structure continues to operate with the five permanent seats, a relic of the Cold War, and limited representation from other regions: three Africans, two Latin Americans, one Arab, one Asian, one Eastern European, and two Western Europeans. The Security Council might act to protect human rights. Here, representatives of the states make decisions about actions against other states bodies. This might be a conflict of interests, as member-states weigh the potential costs of the usurpation of sovereignty from other member-states." (p. 394).

<sup>685</sup> BECK, Ulrich. **Sociedad del riesgo**. En busca de la seguridad perdida. Tradução para o

produção e a fazer *tabula rasa* da regulamentação jurídica das relações entre os Estados, causando um colapso nas instituições que se vinham sedimentando a partir de meados do século XX, ao mesmo tempo em que são potencialmente causadoras de estragos ao bem-estar social e, portanto, aos Direitos Humanos de cariz social.

Para Escarameia, o fim da Guerra Fria, que repercute no desaparecimento do equilíbrio bipolar do sistema mundial, a globalização da economia, a formação de blocos econômicos regionais, o novo papel das informações, a necessidade de proteção do ambiente e a importância da intervenção das Organizações Internacionais, são lembrados como “razões da erosão da ordem anterior e causas criadoras de uma nova situação no Direito Internacional Público.”<sup>686</sup> Essas transformações da modernidade tardia, reconhecidas pela delegada portuguesa da Comissão de Direito Internacional da ONU como indicativas de uma situação pré-revolucionária<sup>687</sup>, que põem em causa o modelo da Carta das Nações Unidas, podem, em verdade, ser resumidas a dois principais aspectos, no entanto entrelaçados, que merecem alguma atenção à medida em que se reflete sobre a necessidade de transição para um novo modelo: a Globalização e a atual modelagem do Estado-nação.

### 5.3 As transformações políticas e econômicas e o esgotamento do modelo da Carta das Nações de relacionamento entre Estados na modernidade tardia

O sociologismo que deu arrimo às teses monistas de

---

espanhol de Rosa S. Carbó. Barcelona: Paidós Ibérica, 2008, *maxime* 219 e ss. Título original: **Weltrisikogesellschaft**, cita, como exemplo desses novos riscos que não conhecem fronteiras, os problemas ambientais.

<sup>686</sup> ESCARAMEIA, Paula. **O direito internacional público nos princípios do século XXI**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 11.

<sup>687</sup> ESCARAMEIA, Paula. **O direito internacional público nos princípios do século XXI**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 13.

formação do Estado, como a que Heller começa a construir com base na afirmação da ideia de nacionalidade justificável pela individualização do povo numa comunidade de cultura<sup>688</sup>, mais tarde avançada em seu *magnum opus* **Staatslehre**<sup>689</sup>, que apresenta o entendimento da sociedade como um verdadeiro organismo, com suas ligações estabelecidas pelos vínculos culturais comuns, permitindo formar uma base consensual de interesses, que se projetará em sua vida política; ou o monismo de Kelsen, de fundamento jurídico estruturado sobre alicerces metodológicos que permitirão ao jurisfilósofo austríaco afirmar que “O Estado é a comunidade criada por uma ordem nacional” e, pois, que “o problema do Estado, portanto, surge como o problema da ordem jurídica nacional”<sup>690</sup>, como se houvesse uma absoluta equivalência entre Estado e Direito, são inexoravelmente postos em contraste com um sistema político e econômico que extrapola as vinculações nacionais e o arranjo da Comunidade Internacional que respeita à igualdade formal entre os Estados e a soberania.

O Estado de Israel, proclamado em 1948 por David Ben Gurion como *Medinat lehudit*<sup>691</sup>, Estado Judeu, talvez seja o exemplo mais lídimo da formação de uma nacionalidade com base em preexistente comunidade de interesses, de que falava Heller. Os movimentos de retorno dos judeus da diáspora a partir da baixa Idade Média, e mais tarde, já no século XIX, o movimento sionista inaugurado por Theodor Herzl, autor de **Der Judenstaat**, que conseguiu congregar lideranças judaicas para dar efetividade ao Estado Judeu, e a onda migratória dos anos 40 do século passado que compele a Comunidade Internacional a aceitar sua (re)criação, parecem fortemente fundamentados no ideário de judaísmo, na sua acepção cultural mais ampla. Os movimentos nacionalistas incrustados em alguns pontos do continente europeu, que deram origem a novos Estados, assim como aqueles surgidos durante o processo de

<sup>688</sup> HELLER, Hermann. **Las ideas políticas contemporáneas**. Tradução de Manuel Pedroso. Barcelona: Editorial Labor, 1931, p. 118.

<sup>689</sup> HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original: **Staatslehre**

<sup>690</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 261-262. Título original: **General theory of law and state**.

<sup>691</sup> מדינת יהודית

descolonização, poderão, esquematicamente, também se adequar às teses de formação do Estado, por pretenderem-se historicamente justificados e por criarem uma unidade forjada político-juridicamente na Constituição, formando uma unidade indissolúvel entre Estado e Direito. Mas essa dinâmica, conducente, numa primeira etapa, à centralização do poder político, e, numa segunda etapa, à sua forma mais dilatada e sensível, sob a designação de soberania, como poder incontestável; ainda, a tendência do isolacionismo até há pouco tempo verificável numa fatia terceiromundista de Estados que não se alinhavam à Comunidade Internacional, parecem cada vez menos expressivas em razão da ideal eliminação de fronteiras em âmbitos regionalizados e mesmo globais: hoje, tais posições são golpeadas por adventos políticos e econômicos que formam uma ideia geral de Globalização, indicando mudanças de paradigmas não apenas na face ocidental, mas em quase todo o Mundo.

A Globalização – que, em verdade, se manifesta sob diversas formas, podendo falar-se de Globalizações – cria, por um lado, uma expectativa de virtuosa aproximação pela disseminação de aspectos culturais de fácil assimilação, por outro, faz a arquitetura do Direito inflectir sobre problemas que deixam de ser locais para serem considerados regionais ou transnacionais, como se tentará demonstrar a seguir.

### 5.3.1 A Globalização e seus reflexos nas vias de tratamento dos problemas relacionados com os Direitos Humanos

Como já antes dito, este momento que marca a modernidade tardia é de transição de paradigmas, que só pode ser entendido lançando-se o olhar para um amplo e complexo horizonte onde se encontram dispostos elementos histórico-culturais, que tanto de forma imediata, quanto transversa, conotam com o instrumentário jurídico, econômico e político das sociedades. Com isso se quer dizer que essas três áreas para as quais normalmente se devota atenção quando se pensa numa planificação jusinternacionalista, são, hoje, inequivocamente, influenciadas por um espectro de transformações que têm na revolução técnico-



científica seu principal propulsor. No Mundo atual, observa-se, *v.g.*, a diminuição das distâncias culturais decorrente da intensificação das relações entre os povos mediada pelas novas formas de comunicação (a internet e a imprensa televisiva trazem para a realidade do mais renitente e incrédulo dos espectadores acontecimentos distantes de seu ambiente), dando a impressão de estarmos inseridos numa única e global sociedade. Mas para além de um fio condutor que induz à massificação de aspectos culturais preeminentes (que deixam de ser, *v.g.*, ocidentais ou norteamericanos, para se tornarem globais), as sociedades acabam partilhando de problemas insondáveis até a primeira metade do século passado. Muitos deles ultrapassaram o espaço nacional, tornando-se universais e, em certa medida, repercutem na problemática dos Direitos Humanos: o incremento das ondas migratórias, abre as portas para o tráfico de pessoas, que passam a ser sexualmente seviciadas ou exploradas no mercado de trabalho clandestino; também em razão dessa mobilidade, muitas sociedades tornaram-se rapidamente multiculturais, ocasionando reações de estranhamento dos nacionais, inclusive através de leis que restringem expressões de cunho religioso, mesmo onde há mais de dois séculos se prega a tolerância; a disseminação do terrorismo, tornando qualquer ponto do globo vulnerável<sup>692</sup>, refletiu-se naquilo que Beck denomina de “totalitarismo anti-risco”<sup>693</sup>, com o endurecimento de leis que podem afetar garantias constitucionais de cariz processual penal; o crescimento da produção de bens de consumo por empresas transnacionais, que se instalam onde houver melhores vantagens na relação entre custos e benefícios, é responsável pela emissão de gases e outros poluentes danosos ao meio ambiente.

Vê-se surgir, em contrapartida, uma nova engenharia político-

---

<sup>692</sup> A propósito, TOURRAINE, Alain. **Um novo paradigma**. Para compreender o mundo de hoje. Tradução de Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 41. Título original: **Un nouveau paradigme**, salienta que a Globalização se caracteriza não apenas pela mundialização de trocas e pela intensificação das relações, mas pelos choques civilizacionais, que podem ser percebidos, *v.g.*, no fato de os Estados Unidos e o Mundo islâmico poder se atacar em qualquer ponto do globo.

<sup>693</sup> BECK, Ulrich. **Sociedad del riesgo**. En busca de la seguridad perdida. Tradução para o espanhol de Rosa S. Carbó. Barcelona: Paidós Ibérica, 2008, p. 26. Título original: **Weltrisikogesellschaft**

jurídica para tratar desses problemas que refoge ao clássico modelo internacionalista, estruturando organismos que podem ser chamados de policêntricos. Se, por um lado, a questão ambiental da Amazônia, ou o derretimento das geleiras do hemisfério norte *v.g.*, são tratados em conferências das Nações Unidas, como as que ocorreram no Rio de Janeiro em 1992 (a Eco-92 – Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento) e em 2012 (Rio+20 – Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável), por outro, há atualmente várias outras Organizações Internacionais que se interessam pelas questões ambientais, como as Organizações Não Governamentais. Elas não apenas postulam em face de Estados e Organizações Internacionais, mas transitam por entre outros sujeitos titulares de direitos, coletivos ou não, e podem, inclusive, influenciar na formação de grupos de pressão, constituindo um novo paradigma para o enfrentamento de problemas que conotam seja com o meio ambiente, seja com outras matérias abarcáveis pelos Direitos Humanos<sup>694</sup>. Assim, este momento de transformações, marcado pela intensificação de relações e pelo encurtamento de distâncias nos planos espacial e temporal, em o qual naturalmente se encontrarão obstáculos a serem enfrentados, também é propício para o surgimento de novas soluções ou, pelo menos, para a remodelagem dos antigos padrões. Não é por outro motivo que Ferrer e Cruz<sup>695</sup> referem que

*a globalização pode ajudar em três sentidos: poder fazer evidente a interdependência; ter despertado o pluralismo da diversidade e ter ampliado a várias camadas da população mundial a sensação de pertencer a uma realidade transnacional e, também, transestatal, capaz de despertar os vínculos de solidariedade imprescindíveis para a emergência de uma sociedade global.*

<sup>694</sup> AHRNE, Göran; BRUNSSON, Nils. Organizing the world. In DJELIC, Marie-Laure; SAHLIN-ANDERSSON, Kerstin. **Transnational governance**. Institutional dynamics of regulation. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2008, p. 81, ao tratarem da *global order*, referem que se pode se caracterizar o Mundo contemporâneo por apresentar elementos de organização dispersos “over the social landscape without being integrated in formal organizations”, como no caso das ONGs, citando-se, como exemplo, o Greenpeace, que não possui uma hierarquia organizacional. Não por outro motivo que essas Organizações se multiplicam e têm mobilidade mais dinâmica que as tradicionais Organizações Internacionais.

<sup>695</sup> REAL FERRER, Gabriel; CRUZ, Paulo Márcio. A crise financeira mundial, o Estado e a democracia. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. Jul.-dez. 2009, p. 51. Disponível em: <[www.rechtd.unisinos.br/pdf/82.pdf](http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/82.pdf)>. Acesso em: 11.09.12.

Pelo ducto da Globalização passam, portanto, as ideias de interdependência e pluralismo e a sensação de pertença a espaços que escapam aos domínios do Estado-nação. Mas ao canalizarem-se pela mesma via conceitual aspectos como Transnacionalidade e Transestatalidade, correm-se riscos de equipararem-se os conceitos, como, aliás, alguns já têm feito. Djelic e Sahlin-Andersson referem que o rótulo dado à Globalização, “used to refer to the rapid expansion of operations and interactions across and beyond national boundaries”, é insatisfatório, preferindo, por isso, empregar o termo *Transnational* para se referirem ao “Mundo em que vivemos”<sup>696</sup>, numa análise, contudo, que se restringe ao fenómeno económico<sup>697</sup>.

É verdade que as ideias conotam proximidade e até mesmo um vínculo; que a Globalização, seus problemas e as projeções para o porvir das sociedades devem ser tratados em fóruns de Organizações Internacionais, ou em espaços transnacionais por sujeitos que aqui serão denominados de Organizações Policêntricas. Mas as categorias são diversas e requerem, em razão da opção metodológica deste trabalho, um delineamento conceitual adequado a expor os desafios da política jurídica dos Direitos Humanos para este momento pré-revolucionário, em que desponta uma situação de transição de paradigmas.

### 5.3.1.1 Globalização ou Globalizações? A proposta sociológica de Sousa Santos

Boaventura Sousa Santos, ao tratar da matéria, faz uma

---

<sup>696</sup> DJELIC, Marie-Laure; SAHLIN-ANDERSSON, Kerstin. A world of governance: the rise of transnational regulation. In DJELIC, Marie-Laure; SAHLIN-ANDERSSON, Kerstin. **Transnational governance**. Institutional dynamics of regulation. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2008, p. 3.

<sup>697</sup> Ao caracterizarem o fenómeno da Transnacionalidade, DJELIC, Marie-Laure; SAHLIN-ANDERSSON, Kerstin. A world of governance: the rise of transnational regulation. In DJELIC, Marie-Laure; SAHLIN-ANDERSSON, Kerstin. **Transnational governance**. Institutional dynamics of regulation. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2008, p. 4, referem: “Although the term “transnational” does not imply the disappearance of nation-states, it suggests that states are only one type of actor amongst others (Katzenstein et al. 1998). Many connections go beyond state-to-state interactions. As Hannersz (1996:6) again put it «(i)n the transnational arena, the actors may now be individuals, groups, movements, business enterprises, and in no small part it this diversity of organizations that we need to consider.»” Desta forma, esse conceito de Transnacionalidade apresenta pontos de contacto com o conceito normalmente empregue para Globalização.

percuciente análise sociológica do momento contemporâneo, que não é apenas o relato deste *hic et nunc* histórico, por muitos, incluindo o próprio professor da Universidade de Coimbra, visto sob o signo da quase total anomia que derrui os valores culturais dos povos: sua contribuição está no afloramento de uma crítica a este estado de coisas e na apresentação de propostas para a retomada do sentido humanista de preservação das culturas, especialmente daquelas sob o constante risco imposto pelas culturas globalizantes. Afinal, nesse sistema de interrelações é possível serem delimitados dois pólos civilizacionais, o do norte hegemônico, caracterizado pela força industrial e de comércio, e o do sul representado pelas questões dramáticas das nações periféricas, por isso, mais suscetível aos impactos de um movimento de Globalização. Devido ao seu caráter de preeminência, os influxos vindos do norte darão cabimento à categoria Globalização Hegemônica.

O catedrático conimbricense sublinha, antes de mais, que tem sido comum referir-se sobre Globalização em termos mais ou menos parecidos com os utilizados por Giddens, para quem o fenómeno se constitui pela “intensificação de relações sociais que unem localidades distantes de tal modo que os acontecimentos locais são condicionados por eventos que acontecem a muitas milhas de distância e vice versa”<sup>698</sup>. Sousa Santos, no entanto, rejeita esse reducionismo, afirmando que a Globalização caracteriza “um fenómeno multifacetado com dimensões económicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas interligadas de modo complexo. Por esta razão, as explicações monocausais e as interpretações monolíticas deste fenómeno parecem pouco adequadas.”<sup>699</sup> Em razão da complexidade conceitual, o autor estabelece metodicamente a forma de escrutinar o fenómeno, que é estabelecido dentro do

---

<sup>698</sup> SANTOS, Boaventura Sousa. Linha de horizonte. In SANTOS, Boaventura Sousa (organizador). **A globalização e as ciências sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2005, p. 26. Em GIDDENS, Anthony. **O mundo na era da globalização**. Tradução de Saul Barata. Lisboa: Presença, 2000, p. 19-29. Título original: **Runaway world**, o sociólogo inglês delinea os aspectos relacionados com as vertentes que denomina de *cética* e *radical* acerca da Globalização, para, ao final, aclarar o embate académico e referir que o fenómeno não poderá ser tratado por um ou outro viés, sem considerar os prós e contras dele resultantes, apesar de deixar entredito o aspecto referido por Sousa Santos.

<sup>699</sup> SANTOS, Boaventura Sousa. Linha de horizonte. In SANTOS, Boaventura Sousa (organizador). **A globalização e as ciências sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2005, p. 26.

quadro histórico; de sua caracterização sociológica; e dos caminhos tracejados pela Globalização para a humanidade.

No quadro histórico do fenômeno, verificam-se as transformações no modelo de produção pelas empresas multinacionais, “convertidas em actores centrais da nova economia mundial”<sup>700</sup>. A produção, antes de modelo fordista, passa a ser flexível e mediada pelos investimentos em níveis globais; a mobilidade das grandes empresas é orientada pela procura dos menores custos; de sorte que se verificam repercussões nas políticas econômicas nacionais, cada vez mais direcionadas à abertura para o mercado mundial, na mesma medida em que os preços domésticos devem adequar-se aos preços internacionais<sup>701</sup>.

Sousa Santos também entende que a Globalização econômica é arrimada no consenso econômico neoliberal, que apresenta as seguintes inovações: “restrições drásticas à regulação estatal da economia; novos direitos de propriedade internacional [...]; subordinação dos Estados nacionais às agências multilaterais tais como o Banco Mundial, o FMI e a Organização Mundial do Comércio.”<sup>702</sup> Como é sabido, essa reestruturação ditada pelo neoliberalismo implica a diminuição do Estado naquelas áreas concernentes à política do bem-estar. Por isso, o sociólogo menciona o reaparecimento de desigualdades sociais, na mesma medida em que “uma classe capitalista transnacional está hoje a emergir cujo campo de reprodução social é o globo enquanto tal e que facilmente ultrapassa as organizações nacionais de trabalhadores, bem como os Estados extremamente fracos.”<sup>703</sup>

<sup>700</sup> SANTOS, Boaventura Sousa. Linha de horizonte. In SANTOS, Boaventura Sousa (organizador). **A globalização e as ciências sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2005, p. 29.

<sup>701</sup> SANTOS, Boaventura Sousa. Linha de horizonte. In SANTOS, Boaventura Sousa (organizador). **A globalização e as ciências sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2005, p. 29. BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**. As consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 78-79. Título original: **Globalization**: the human consequences, é enfático ao destacar que a Globalização tem como efeito o crescimento de desnível entre os mais ricos e os mais pobres, lembrando, v.g., que os “2,3 por cento da riqueza mundial possuídos por 20 por cento dos países mais pobres trinta anos atrás caíram agora ainda mais no abismo: para 1,4 por cento.”

<sup>702</sup> SANTOS, Boaventura Sousa. Linha de horizonte. In SANTOS, Boaventura Sousa (organizador). **A globalização e as ciências sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2005, p. 31.

<sup>703</sup> SANTOS, Boaventura Sousa. Linha de horizonte. In SANTOS, Boaventura Sousa (organizador). **A globalização e as ciências sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2005, p. 32.

Em outro nível de análise, mas partindo de idênticas bases em relação ao que vinha expondo – nomeadamente as condições da economia mundial capitalista e o sistema interestatal moderno e a Globalização articulada com a sociedade de consumo e a sociedade de informação –, Sousa Santos afirma que na atualidade estão surgindo novas hegemonias culturais, políticas e de mercado, embaladas por uma nova lógica. Em sua manifestação mais sensível, a Globalização impõe a lógica do mercado, que transborda “da economia para todas as áreas da vida social”, tornando-se “o único critério para a interação social e política de sucesso” que tem como consequência o surgimento de uma sociedade “ingovernável e eticamente repugnante.”<sup>704</sup> A resposta para esse estado de coisas deve encontrar-se, prossegue o sociólogo, em movimentos contra-hegemônicos<sup>705</sup>.

É natural que haja dificuldades para um bom arranjo de ideologias, bandeiras políticas e filosóficas para o contrabalanço do peso da Globalização Hegemônica. Tudo o que se constata é a fragmentariedade dos movimentos de oposição: não há articulação entre as causas feministas, de trabalhadores, de propostas de políticas sociais, de políticas ambientais etc. Mesmo assim, Sousa Santos entende que ao longo das últimas décadas criaram-se condições ideais para a Globalização Contra-Hegemônica, *v.g.* em razão do aumento das interações transfronteiriças<sup>706</sup>, que, se não restauram os antigos limites conceituais do Estado-nação e não lhe dá a primazia na direção de objetivos das sociedades nacionais, facultam, pelo recurso ao conhecimento-emancipação e à solidariedade, o enfrentamento da cultura política transnacional<sup>707</sup>.

---

<sup>704</sup> SANTOS, Boaventura Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006, p. 193

<sup>705</sup> SANTOS, Boaventura Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006, p. 84.

<sup>706</sup> SANTOS, Boaventura Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006, p. 216.

<sup>707</sup> Também GIDDENS, Anthony. **O mundo na era da globalização**. Tradução de Saul Barata. Lisboa: Presença, 2000, p. 24. Título original: **Runaway world**, observa que a hegemonia cultural tem como reflexo o surgimento de nacionalismos locais, que são uma espécie de contraposição às tendências globalizantes. Também não são incomuns os comportamentos ambivalentes, como o que relata YAN, Yunxiang. *Managed globalization. State power and cultural transition*. In BERGER, Peter L; HUNTINGTON, Samuel P. **Many Globalizations**. Cultural diversity in the contemporary world. Nova Iorque: Oxford University Press, 2003, p. 23, que refere haver costumes ocidentais por parte de chineses do mais alto nicho em locais de trabalho, mas,

### 5.3.1.2 Transnacionalidade e sua dificuldade conceitual

Ao analisar o fenômeno da Globalização, sem deixar de perscrutar os aspectos socioeconômicos do momento de transição de paradigmas, Sousa Santos pespega, em seu trabalho, a noção de Transnacionalidade ambientada na questão cultural e na de economia. Escreve, então, acerca de Transnacionalidade cultural ou de Transnacionalidade de meios de produção etc., cunhando nestas expressões um *lógos* que se aproxima da ideia geral que vem sendo empregue na caracterização do fenômeno da Globalização. No entanto, fica a dever um conceito claro e objetivo para a categoria. Que não é, diga-se, tarefa fácil, uma vez que, enquanto se fazem concertos para a melhor integração dos Estados comunitários ou entre Estados com interesses convergentes para a solução de questões sociais, ambientais ou econômicas, a ideia de Transnacionalidade vai pouco a pouco sendo substanciada.

Stelzer, ao tratar da estruturação da União Europeia e do fenômeno da Globalização, concorda com Sousa Santos ao observar o enfraquecimento do Estado-nação, referindo que “o Estado nacional já não é mais visto como poder soberano (*summa potestas*), enfrentando, assim, uma desconhecida e inusitada crise.”<sup>708</sup> Ao perguntar-se sobre o papel reservado ao Estado na sociedade da Globalização, a autora constata que o ente político “vê sua dissolução estampada pelo avanço do poder econômico das megacorporações, pelo anseio neoliberal de uma expansão sem controle e, até mesmo, pela sua população, descrente que está de sua função pública de proporcionar segurança, emprego, saúde, educação, entre outras funções sociais.”<sup>709</sup> Em suma, o Estado já não será, para a autora, o eixo central em torno do qual gravitam a identidade cultural de uma sociedade, seus anseios, e projetos para seu porvir; mas é, a um

---

“In their private lives [...], many of these elites remain rather traditional, especially in the way they deal with gender relationships, the education of children, and interpersonal relations.”

<sup>708</sup> STELZER, Joana. **União européia e supranacionalidade**: desafio ou realidade? 2ed., 5ª tiragem, rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2009, p. 87. Em sentido parecido, FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 1. ed., 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 141 e ss.

<sup>709</sup> STELZER, Joana. **União européia e supranacionalidade**: desafio ou realidade? 2ed., 5ª tiragem, rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2009, p. 88.

só tempo, uma entidade política cada vez mais plural e politicamente interdependente; de modo que os problemas do mundo globalizado não podem ser tratados sem um concerto entre os diversos Estados afetados. De forma melhor analisada, a autora caracteriza o fenômeno da Transnacionalização pela constatação dos processos de desterritorialização (das estruturas do poder econômico político, social e cultural, que deixam de ter uma localização definida, tornando-se, por isso, descentralizadas), de ultravalorização do capitalismo (pela exponencial ampliação do capital, por meio das estratégias de livre concorrência e produção, forçando-se o abandono das prioridades nacionais, ao mesmo tempo em que os Estados incorporaram o ideário neoliberal, com inevitáveis riscos para as políticas sociais) e do enfraquecimento do Estado soberano (vendo-se isto, principalmente, na incapacidade de o Estado “controlar a mobilidade dos meios de produção e das operações financeiras”, no surgimento de estruturas político-jurídicas supranacionais comunitárias, e na valorização do poder econômico)<sup>710</sup>.

Talvez o entendimento de Stelzer seja demasiado pessimista em razão de sua análise partir do modelo de Estado moderno, que centraliza a política, executando-a de forma programática para a efetivação de objetivos convergentes com as ideias nacionais, dentre elas incluindo os direitos fundamentais. Os papéis que cabem ao Estado, no entanto, sofreram não uma radical “dissolução”, mas, sem dúvida, modificações que colocam em causa a estrutura político-jurídica desenvolvida ainda no século XIX. Já no plano da Comunidade Internacional, passou-se do atomismo inicial, em que os Estados só se agrupavam para o alcance de objetivos vestefalianos, à crescente intensificação das relações interestatais, que visam, inclusive, enfrentar as ameaças de atores hegemônicos, associando-se de forma regionalizada e instituindo organismos supranacionais de coordenação econômica, política e jurídica. A União Europeia parece enquadrar-se nesta situação<sup>711</sup>.

---

<sup>710</sup> STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 25-35.

<sup>711</sup> A propósito, SILVA, Karine de Souza. A consolidação da União Europeia e do direito comunitário no contexto da transnacionalidade. In CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2010, *maxime* p. 101-105, sublinha a viragem operada no



Stelzer parece reconhecer a mudança de paradigmas do sistema organizacional dos membros da Comunidade Internacional, quando refere que a União Europeia teve seu nascedouro com a integração econômica, conotada, iniludivelmente, com o aspecto supranacional, afirmando: “Dependendo do grau de integração a ser alcançado, a verdadeira união somente é alcançada fazendo-se sentir as marcas da supranacionalidade.”<sup>712</sup> Este estágio remete-nos para a compreensão de um organismo superior estabelecido para coordenar os Estados comunitários, que cria, *v.g.*, um Tribunal Europeu e uma estrutura parlamentar que visa à representação dos Estados-membros. Se é assim, então a política transnacional que se opera em blocos regionais reduz, de fato, a dimensão do Estado-nação, que sai de sua condição mononuclear para tornar-se parte de uma comunidade, onde as interações modelam seus papéis econômicos, políticos e jurídicos. Para Canotilho, o fenômeno, que implicará na supranacionalização e na internacionalização do Direito, esvazia o Estado (também sua Constituição)<sup>713</sup>, impondo desafios para os âmbitos político e jurídico, bem como para a teoria do Estado, mas sem que haja circunstância para uma decretação de morte do Estado. Não é diferente o entendimento de Beck ao referir que o Estado nacional, embora envelhecido, “resistirá, e não apenas para garantir a geopolítica e a política interna, os direitos políticos essenciais etc., mas também para dar forma ao processo de globalização e regulá-lo transnacionalmente.”<sup>714</sup>

Mas esta é apenas uma das ideias que emergem do período histórico de transição de paradigmas que, em certa medida – e apenas isto – se aproxima do conceito de Transnacionalidade. As projeções teóricas vão desde uma certa confusão epistemológica, que leva a entender a Transnacionalidade antes como fenômeno de identidade próxima da Globalização do que como seu efeito, às

---

Direito Internacional Público que toma aspectos de um Direito Comunitário

<sup>712</sup> STELZER, Joana. **União europeia e supranacionalidade**: desafio ou realidade? 2ed., 5ª tiragem, rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2009, p. 94.

<sup>713</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 219.

<sup>714</sup> BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à Globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 192. Título original: **Was ist globalisierung?** Irrtümer des globalismus: Antworten auf globalisierung.

elucubrações que objetivam a demonstração teórica de um Estado transnacional. Ao tratarem do tema e visando estabelecer as bases epistemológicas para um direito que tende a emergir do quadro antes desenhado – o Direito Transnacional –, de certa forma inspirados em Beck<sup>715</sup>, Cruz e Bodnar entendem o

*Estado transnacional como sendo a emergência de novos espaços públicos plurais, solidários e cooperativamente democráticos e livres das amarras ideológicas da modernidade, decorrentes da intensificação da complexidade das relações globais, dotados de capacidade jurídica de governança, regulação, intervenção – e coerção – e com o objetivo de projetar a construção de um novo pacto de civilização.*<sup>716</sup>

O avanço para uma sociedade cosmopolita, ainda carente de direções e de organização política e jurídica, talvez não tenha chegado a um estágio em que se possa abrir mão do eixo referencial do Estado-nação. O pluralismo cultural, do qual emanam as escolhas e realizações dos povos, em sua eloquente expressividade, não se coaduna com a eliminação completa do poder político e constitucional particularizável em cada membro da Comunidade Internacional. As manifestações contra-hegemônicas de que fala Sousa Santos ou os localismos e nacionalismos mencionados por Castells<sup>717</sup> e Giddens, inclusive numa Europa comunitária e unificada por propósitos comuns, evidenciam a necessidade de um essencial particularismo. Ao tratar de um dos aspectos do constitucionalismo europeu atual, mas se referindo de forma a destacar a imprescindibilidade de que aqui se está a falar – ao menos no momento em que nos encontramos –, Canotilho refere que “Só o Estado pode funcionar como categoria política ontológica capaz de fornecer substantividade própria aos limites da integração política europeia.”<sup>718</sup> Contudo, é possível ver a Transnacionalidade – nas suas vertentes política, econômica e jurídica –, como decorrência inarredável

<sup>715</sup> BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à Globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 190-200. Título original: **Was ist globalisierung?** Irrtümer des globalismus: Antworten auf globalisierung

<sup>716</sup> CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Pouso Alegre, v. 26, n. 1, jan./jun. 2010, p. 159-176.

<sup>717</sup> CASTELLS, Manuel. **Fim de milênio**. 4. ed. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 401-404. Título original: **End of millennium**.

<sup>718</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brancos” e interconstitucionalidade**. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 230-231.

do fenômeno da Globalização – ou das Globalizações, como quer Sousa Santos –, mas que, diferentemente do sistema organizatório internacional, elege espaços para o tráfego das questões comuns dos Estados, onde o diálogo é democrático e consensual.

#### 5.4 *Summa indivisa*: o conjunto problemático e a fadiga dos paradigmas

O rápido crescimento da Comunidade Internacional, a partir do processo de descolonização, expôs a fragilidade do sistema de Organizações Internacionais, engendrado para coordenar os Estados para os fins de preservação da paz e da segurança e para a disseminação dos Direitos Humanos. Os Estados que surgiram sob inspiração do modelo europeu, expuseram uma realidade distinta da imaginada pelos que assinaram a Carta das Nações Unidas em 1945. O cenário internacional é heterogêneo e os contrastes afloram sob a forma de conflitos que causam irreparáveis danos humanos, seja no Oriente Médio fundamentalista, seja na Europa secular. O sistema de Direito Internacional da Carta das Nações tem-se mostrado insuficiente para dissolvê-los, muitas vezes raiando o campo do meramente simbólico.

Por um lado, as deficiências desse sistema radicam-se no conceito estrutural da principal das Organizações Internacionais. A ONU, com efeito, inspirou-se na lógica do Concerto Europeu, de maneira que se pode perceber no Conselho de Segurança um órgão deliberativo que escreve o desiderato de cada uma das potências vitoriosas na Segunda Guerra Mundial. Por isso, o consenso necessário às ações executórias é de difícil obtenção, criando um abismo em relação ao que é democraticamente decidido pela Assembleia Geral. Esta, por sua vez, não excede o papel protocolar de órgão consultivo e de orientação, tendo suas resoluções, muitas vezes, mais uma função exortatória do que prática.

Por outro lado, a tentativa de compaginação de um Direito das Gentes com o Estado-nação esbarra em obstáculos, criando incongruências quase

invencíveis. Os objetivos fundamentais de Direito Internacional inscritos na Carta das Nações Unidas, deixam de materializar-se na medida em que seus mecanismos não rompem os elementos conceituais e finalísticos desse modelo de Estado. O princípio da não intervenção, *v.g.*, invocado inclusive nos momentos mais dramáticos de violação dos Direitos Humanos, radica-se naquela configuração política em que a soberania é prerrogativa impeditiva de intromissões jusinternacionais.

Mas a fragilidade do sistema de Direito Internacional da Carta das Nações, não se faz sentir somente pelo seu contraste com a estrutura juspública do Estado-nação. Por um lado, a Globalização, na sua variedade de expressões, pode ser entendida como um processo ao longo do qual se subtraíram do Estado alguns de seus papéis fundamentais, como, *v.g.*, a responsabilidade pelo controle político do bem-estar social. Os fluxos globalizantes têm consequências para os Direitos Humanos, sem que os Estados possam obviar ações reparatórias ou de bloqueio dos malefícios. Por outro, alguns fenômenos contemporâneos, como os que se relacionam ao meio ambiente, transpassam as fronteiras nacionais, tornando-se, portanto, transnacionais. Não é desarrazoado atribuir comparticipação de decisões estatais em alguns eventos danosos<sup>719</sup>, que não são, contudo, submetidas à fiscalização nem à responsabilização adequadas por instrumentos jusinternacionais.

Os experimentos práticos nos campos econômico, político e jurídico da Transnacionalidade, como os que podem ser observados na Europa desde a segunda metade do século passado, são uma achega para o desenvolvimento teórico de propostas alternativas ao sistema

---

<sup>719</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. “**Brançosos**” e **interconstitucionalidade**. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 291-292, a propósito, refere que “as decisões dos Estados têm cada vez mais efeitos extraterritoriais, em virtude das interdependências globais. Consequentemente, acabam por vincular, de forma crescente, pessoas diferentes daquelas que participaram na recolha dos titulares da decisão. Assim, basta olhar para os riscos ambientais advindos de estados vizinhos, ou para as poluições transfronteiriças causadas por indústrias poluentes autorizadas pelos Estados onde elas se localizam para vermos que os titulares das decisões políticas (os titulares clássicos do domínio) são uns e as pessoas afectadas por essas decisões são outras, sem qualquer participação nas actividades legitimatórias do poder político.”

jusinternacionalista. No próximo capítulo, serão examinados os sistemas regional e de associação de Estados europeus, como paradigmas de planificação de uma política jurídica dos Direitos Humanos para a União das Nações Sul-Americanas – UNASUL.

*Il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quello di giustificarli, quanto quello di proteggerli.*

Norberto Bobbio. *L'età dei diritti.*

## **CAPÍTULO 6**

### **DIMENSÕES SUPRANACIONAIS E TRANSNACIONAIS DE POLÍTICA JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS**

#### **6.1 A contextualização da terceira Geração de Direitos Humanos e suas concretizações no sistema regional de proteção**

A Carta das Nações Unidas, bem como os movimentos políticos que a precederam com o objetivo de constituir Organizações Internacionais destinadas a coordenar a manutenção da paz e segurança e a promoção dos Direitos Humanos, têm uma inquestionável carga retórica que lembra os fundamentos filosóficos que nortearam as Declarações de Direitos setecentistas. Os preâmbulos daquele documento e da Declaração Universal dos Direitos Humanos não destoam do estilo grandiloquente empregue nos *Bills* norteamericanos ou na *Déclaration des Droits* francesa do século XVIII. O art. 1º da Declaração Universal quase repete a proclamação inicial contida naquele documento político que encerrou o *Ancien Régime*; e o reconhecimento, em seu preâmbulo, de que os Direitos Humanos devem ser tidos como um ideal a ser perseguido pelos povos e nações, atribui ao documento um caráter mais utópico do que de programa político-jurídico de imediata implementação. Ademais, a sistemática de funcionamento da principal Organização Internacional, a Organização das Nações Unidas, não possibilita, como se viu no capítulo anterior, um tratamento efetivo das questões atinentes aos Direitos Humanos, principalmente porque, por um lado, o órgão de deliberação e execução, o Conselho de Segurança, não concretiza medidas de intervenção (política, jurídica e

humanitária) pela decisão democrática da maioria, mas, somente, pelo consenso unânime de seus membros permanentes, que, por isso, assumem um papel proeminente em relação aos demais; por outro, as relações interestatais e entre os órgãos supranacionais e os Estados da Comunidade Internacional frequentemente entram em tensão devido à concepção conservadora de soberania reconhecida pelo Direito Internacional Público, em razão do que as bases de direito cosmopolita parecem ser sempre uma pretensão inatingível. Não se pode, contudo, desprezar o conjunto de fenômenos que se observa a partir da reconstrução da Europa, especialmente o surgimento de uma nova consciência em torno da necessidade de paz e da condição humana, que se desdobra juspoliticamente em tentativas de tutela dos Direitos Humanos melhor realizáveis no âmbito do Direito Internacional Regional.

Com efeito, a pretensão de um direito à paz ecoa pela Europa, na mesma medida em que se postula a preservação da espécie humana através do respeito ao signo de humanidade, que engloba, no discurso político-jurídico moderno, os tradicionais direitos de liberdade, normalmente identificados com a primeira Geração de direitos, e, também, os direitos sociais, da segunda Geração. A preocupação com uma outra hecatombe mundial, erige a paz a uma altitude cimeira entre as prioridades estabelecidas pelos Estados destruídos pela Guerra, constituindo-se, por isso, num novo marco de direitos, os de terceira Geração.<sup>720</sup> Mas a necessidade de reconstrução impõe, também, a revalorização dos direitos que se vinham inscrevendo no constitucionalismo europeu desde o século XIX, no entanto, agora, vistos sob um prisma que amplia o campo de sua incidência juspositiva, que deixa de ser individualizável em cada sistema constitucional, para tornar-se europeu. A consciência compartida entre os Estados daquele continente, cria um sistema juspolítico solidário de perspectivas para a atenção aos Direitos Humanos já a partir de 1948, quando, como manifestação seminal do Conselho da Europa, Bélgica, França, Holanda e Reino Unido, assinam o Tratado de Bruxelas, no qual declaram a pretensão de fortificar regionalmente a

---

<sup>720</sup> É o que se depreende de PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique. **La tercera generación de Derechos Humanos**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 29, ao justificar um direito à paz.

democracia, as liberdades e o primado do Direito. Em 5 de maio de 1949, aqueles Estados, para além da Dinamarca, Irlanda, Itália, Noruega e Suécia, escrevem o Estatuto do Conselho da Europa<sup>721</sup>. E já no ano seguinte, celebra-se a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que é o primeiro ordenamento de Direito Internacional dos Direitos Humanos em nível regional. Por outras palavras, na segunda metade do século passado, ganhará força o processo pelo qual os Direitos Humanos transmigram do âmbito da Constituição nacional para um sistema político-jurídico de efetivação por meio de organismos que são estruturados numa região transnacional. É este contexto que possibilitará a formação de uma base jurídica de proteção dos Direitos Humanos regionalizada, que diferirá do sistema internacionalista da Carta das Nações Unidas por criar mecanismos que facultam maior intervenção no Estado transgressor de normas e a legitimação de novos sujeitos.

Embora muitos outros Estados da Comunidade Internacional não tenham sido assolados pela Segunda Guerra Mundial, nem diretamente afetados por ela, vê-se prosseguir o impulso do processo de regionalização do Direito Internacional dos Direitos Humanos. É o que se constatará no continente americano, onde, em 1948, se criou a Organização dos Estados Americanos, e, em 1969, se proclamou a Convenção Americana de Direitos Humanos (entrando em vigor em 18 de julho de 1978); e em África, cuja Organização de Unidade Africana (hoje União Africana), criada em 1963, veio a preparar um projeto de Carta de Direitos Humanos, que foi repetidas vezes discutida até ser adotada pelos Estados-membros da Organização Internacional no ano de 1981. Estes casos de regionalização fogem à lógica do fenómeno ocorrido na Europa, mas deixam transparecer a intenção de fortificar o sistema de proteção de Direitos Humanos por meio de organismos supranacionais que se projetam sobre áreas continentais, nas quais se supõe mais bem realizável a proteção dos Direitos Humanos<sup>722</sup> em razão das relações interestatais mais frequentes.

---

<sup>721</sup> MARTINS, Ana Maria Guerra. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 192-193.

<sup>722</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção dos Direitos Humanos e o Brasil**. 2. ed.



Pode dizer-se, além do mais, que a nova vertente de Direito Internacional dos Direitos Humanos procura estabelecer um diálogo mais profícuo entre nações que guardam aspectos comuns: a Europa tem a tradição de mais de três séculos de estabelecer vínculos políticos intercontinentais para o convívio minimamente livre de desequilíbrios, como se percebe desde a Paz de Vestefália; os Estados americanos, mais especificamente os latino-americanos, emergiam no palco da Comunidade Internacional com anseios de aprimoramento de suas instituições políticas e da democracia, notas fundamentais para a agregação de direitos sociais e econômicos para seus sistemas constitucionais; enquanto que o continente africano tinha um passado comum de experiência colonial e de regimes de proteção, carecendo, por isso mesmo, de concretizações no plano da autodeterminação dos povos; nos três casos, entretanto, o fio condutor dos intentos de regionalização situa-se no aperfeiçoamento democrático e na irradiação de direitos difusos. No presente momento, o movimento de Globalização econômica, com seus efeitos decifráveis não apenas numa cultura de consumo e no novo capitalismo (a exigir menor intervenção estatal), mas no setor da produção, potencialmente danosa para o patrimônio ambiental (por consequência, para a própria qualidade de vida), o conteúdo dos Direitos Humanos é formado por um *lógos* identificável nas noções das pretensões de caráter difuso e de solidariedade, que arrematam o contexto dos direitos de terceira Geração. As pretensões de cunho jusumanista, portanto, exigem cada vez mais a eliminação de fronteiras e a comparticipação consensual dos sujeitos políticos que integram a Comunidade Internacional<sup>723</sup>.

---

Brasília: Universidade de Brasília, 2000, p. 39-47, revela que o anseio dos Estados que defendiam o sistema regionalizado americano, como o Brasil, era o de criação de um órgão judicial internacional e a sustentação do sistema de Direitos Humanos pelo fortalecimento da democracia no continente.

<sup>723</sup> GARCIA, Marcos Leite. "Novos" direitos fundamentais, transnacionalidade e UNASUL: desafios para o século XXI. In CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; MORAES, Germana de Oliveira; CESAR, Raquel Coelho Lenz; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart (Org.). **A construção jurídica da UNASUL**. Florianópolis: Editora UFSC/FUNJAB, 2011, p. 151, esclarece que esses direitos de terceira Geração não são apenas transfronteiriços, mas transnacionais, exigindo novos mecanismos político-jurídicos para seu tratamento transnacionalizado.

A dimensão regional é, em realidade, uma nova etapa de evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos que tende, de maneira mais bem desenvolvida no continente europeu, para a eliminação de fronteiras, visando-se o tratamento político-jurídico das questões relacionadas com a matéria. Percebe-se que a formação de uma união de Estados europeus foi cimentada não só sobre o plano de uma política econômica e de mercado comum, mas pelo estabelecimento, no plano político-jurídico, do primado do Direito e da democracia e do respeito aos Direitos Humanos, que são aspectos fulcrais da governança num ambiente transnacional. Mas para se compreender como se dá o processo evolutivo e, ainda, planejar-se um sistema transnacional de proteção dos Direitos Humanos no espaço continental da América do Sul, vê-se necessária a abordagem dos sistemas regionais. Para este efeito, opta-se por discorrer sobre os sistemas interamericano e europeu que, além de terem um longo percurso histórico, apresentam mecanismos de controle da efetivação dos Direitos Humanos atestados<sup>724</sup>.

## 6.2 Sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos

Antes mesmo de a Comunidade Internacional adotar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, os Estados do continente

---

<sup>724</sup> Como observa MARTINS, Ana Maria Guerra. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 300-301, “A Carta da Organização de Unidade Africana [de 25 de maio de 1963] desenvolve, portanto, uma concepção unidimensional de direitos humanos, porque exclusivamente anti-colonial, limitando-se a fazer uma breve referência formal dos direitos humanos, não os reconhecendo como um dos seus objectivos.” Somente quase vinte anos após é que se veio a concretizar “a ideia de uma convenção africana dos direitos humanos”, em meio a diversos apelos da ONU, inclusive para criar-se uma Comissão Regional de Direitos Humanos. Ressalte-se que a adoção de uma Carta Africana dos Direitos Humanos era uma ideia que não gozava da simpatia de vários Estados daquele continente, razão por que veio a concretizar-se tardiamente, em 1981. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional**. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 170-172, por sua vez, refere que o processo de criação da Corte Africana dos Direitos Humanos foi igualmente conturbado, havendo muitas resistências em torno do projeto, que só se publicou em 21 de janeiro de 2006 (mesmo assim, até o presente momento, apenas 24 Estados membros da Carta Africana de um total de 53 ratificaram o Protocolo de sua criação. Disponível em: <<http://www.achpr.org/instruments/women-protocol/ratification/>>. Acesso em: 11.10.2012).

americano<sup>725</sup>, reunidos na IX Conferência Internacional Americana, realizada em Bogotá, no ano de 1948, assinavam a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, em que se encontra um catálogo de direitos civis e políticos que não discrepa do conteúdo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos<sup>726</sup>. Já naquele estágio inicial, o interesse dos Estados americanos transcendia o simples reconhecimento de direitos, havendo a intenção de criarem-se condições para sua proteção. Por um lado, na mesma Conferência de Bogotá, o Brasil propôs a criação de uma Corte Internacional “para tornar adequada e eficaz a proteção jurídica dos Direitos Humanos internacionalmente reconhecidos.”<sup>727</sup>, que foi aprovada pela Resolução XXI. Com o mesmo propósito, concebeu-se a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, cujo papel é, desde 1959, auxiliar e fiscalizar as medidas dos Estados-membros concernentes às concretizações dos direitos. Por outro lado, pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), assinada em 1969, os Estados-membros que a tivessem ratificado comprometiam-se a respeitar os direitos e liberdades ali reconhecidos; para além de terem de recepcionar os princípios e direitos em sua Constituição e legislação nacional<sup>728</sup>. Ou seja, o sistema interamericano foi estruturado desde seus fundamentos com a finalidade de implementar os Direitos Humanos e controlar os atos políticos e jurídicos dos Estados relativamente à matéria.

---

<sup>725</sup> A Organização dos Estados Americanos é uma Organização Internacional que precede as demais, tendo origem na Conferência realizada em Washington, entre outubro 1889 e abril 1890, onde se formou a União Internacional das Repúblicas Americanas. **Organização dos Estados Americanos**. Disponível em: <[http://www.oas.org/pt/sobre/quem\\_somos.asp](http://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp)>. Acesso em: 12.10.2012.

<sup>726</sup> Convém ressaltar, no entanto, que ocorreu uma defasagem em relação ao sistema da Carta das Nações, uma vez que os direitos sociais, econômicos e culturais só foram aprovados por meio do Protocolo Adicional à Convenção, adotada em 1988 e entrando em vigor no ano de 1999.

<sup>727</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção dos Direitos Humanos e o Brasil**. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000, p. 39.

<sup>728</sup> A Convenção Americana de Direitos dispõe, em seu art. 1º, que os Estados membros na Declaração se comprometiam “a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e garantir seu livre e pleno exercício a todas as pessoas que estejam sujeitas a sua jurisdição.”, enquanto que no art. 2º se determina a adoção dos direitos e liberdades pelos Estados membros, conciliando-os com sua Constituição e legislação (**Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José**. Disponível em: <[http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)>. Acesso em: 12.10.2012).

Há, como se percebe, um sistema bipartido para o trato das obrigações assumidas pelos Estados americanos: num primeiro plano, avultam as atividades consultivas e de fiscalização a cargo da Comissão; em segundo plano, as questões problemáticas são judicializadas, sujeitando-se os Estados reclamados às sanções ou determinações impostas nas decisões. Convém, no entanto, para melhor compreender-se o funcionamento do sistema interamericano, escrutinar cada um dos órgãos.

### 6.2.1 Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Composta por sete membros, escolhidos dentre quaisquer dos integrantes da Organização dos Estados Americanos para um mandato de quatro anos (renovável por uma vez), a Comissão Interamericana tem as atribuições de fazer recomendações aos Estados-membros no sentido de adotarem medidas relacionadas com a proteção dos Direitos Humanos; fazer estudos e relatórios; solicitar informações aos governos relativamente às medidas por eles adotadas para a aplicação da Convenção Americana; e realizar relatório anual que deve ser apreciado pela Assembleia Geral da OEA.

A atividade em instância desjudiciada da Organização Internacional não conflita com o propósito de dissolução de problemas, podendo-se destacar a possibilidade de efetivar-se conciliação, *v.g.*, entre de governos e grupos sociais de algum dos Estados-membros; bem como reparar, através de estudos e relatórios, os erros político-jurídicos. Citando Héctor Fix-Zamudio, Piovesan vai mais longe e descreve cinco funções típicas da Comissão: a) conciliadora, ao intervir nos dissensos internos sobre Direitos Humanos de algum dos Estados-membros; b) assessora, que se realiza pelo aconselhamento dos governos quanto as medidas que devem adotar para dar consecução aos Direitos Humanos; c) crítica, quando elabora informe sobre o trato dos Direitos Humanos por um dos membros da OEA; d) legitimadora, quando um governo adota medidas para corrigir falhas de seus processos e sanar violações, tudo em conformidade com os informes da Comissão; e) promotora, ao elaborar estudos que visam promover

respeito aos Direitos Humanos; f) protetora, quando intervém em algum Estado membro, solicitando-lhe medidas urgentes para fazer cessar atos praticados contrários ao que se obrigou a respeitar<sup>729</sup>.

A atividade da Comissão Interamericana pode ser desencadeada, conforme dispõe o art. 44 da Convenção Americana de Direitos Humanos, por meio de petição apresentada por qualquer pessoa ou grupo de pessoas, bem como por Organização Não Governamental reconhecida num ou mais Estados-membros da OEA. Por outras palavras, neste nível de garantia dos Direitos Humanos operam-se relações não somente entre a Organização Internacional e os Estados-membros, mas, também, entre estes e as pessoas individuais ou coletivas, de modo a ampliarem-se as condições de atuação extrajudicial.

É de reparar-se, no entanto, que a Comissão nem é organismo prioritário nem substitui os aparelhos políticos do Estado nacional em questão. De modo que uma das condições para a admissibilidade da petição, é de que a parte interessada tenha interposto e esgotado os meios recursais de jurisdição interna (salvo se houver demora injustificada da decisão ou impedimento de acesso aos recursos processuais)<sup>730</sup>, prevalecendo, neste caso, o princípio de não intervenção, consentâneo com a noção de soberania.

O procedimento, a partir do exame de admissibilidade da petição, requer, em sua fase inicial, a prestação de informações do governo do Estado reclamado (art. 48, 1, “a”). Após o prazo fixado para o efeito, prestadas ou não as informações, a Comissão averiguará se existem ou subsistem os motivos expostos na petição ou informação, em razão do que o procedimento ou poderá ser

<sup>729</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional**. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 129-130.

<sup>730</sup> A regra vem disposta no art. 46, 1, “a”, da Declaração Americana de Direitos Humanos, que contempla outros requisitos. A regra mencionada contempla exceções dispostas no art. 46, 2, “a”, “b”, “c”: quando não haja no direito interno processo legal para a proteção do direito em causa; que se não tenha permitido ao suposto lesado acesso aos meios recursais; ou que tenha sido impedido de esgotá-los; que haja atraso injustificado para a prolação de decisão nos recursos. **Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Disponível em: <[http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)>. Acesso em: 13.10.2012.

arquivado ou demandar investigações (art. 48, 1, “b” e “d”). O desfecho poderá ser alcançado por meio de uma solução consensual entre as partes envolvidas auspiciada pela Comissão, que, ao final, fará comunicado ao Secretário-Geral da OEA (art. 49); caso contrário, o informe poderá apresentar proposições ou recomendações que o órgão entenda adequadas (art. 50). Se no prazo de três meses após o informe da Comissão o problema não houver sido solucionado, ou submetido à decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Comissão poderá emitir suas opiniões e conclusões sobre a questão (art. 51). Um dos casos de maior repercussão no Brasil, que implicou inclusive na tomada de providências de adequação legislativa, foi o de Maria da Penha<sup>731</sup>.

### 6.2.2 Corte Interamericana de Direitos Humanos

O sistema interamericano dispõe não só do mecanismo de fiscalização e de amparo às políticas de implementação dos Direitos Humanos, mas, também, de aparelho judicial para a solução dos contenciosos relativamente a violações desses direitos. A Corte Interamericana, formada por sete juízes eleitos dentre juristas dos Estados-membros da OEA (não podendo um Estado ser representado por mais de um juiz), para um período de seis anos de exercício da jurisdição internacional, com a possibilidade de uma reeleição (art. 52 e 54, da Convenção Americana de Direitos), abrange, no entanto, não só atribuições jurisdicionais.

---

<sup>731</sup> O Centro pela Justiça pelo Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) interpuseram petição junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, noticiando a tentativa de homicídio sofrida por Maria da Penha Fernandes, em 1983, e falta de efetividade dos meios persecutórios. O procedimento seguiu sem a manifestação do Estado brasileiro, vindo a Comissão, ao final, por meio do Relatório 54/01, referir que o reclamado não cumpriu o art. 7º da Convenção de Belém do Pará (que, dentre outros compromissos ali assumidos, estão os de prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher; incluir em sua legislação normas penais, civis e administrativas para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher), nem os arts. 1 (respeito aos direitos assumidos pelos Estados membros), 8 (relativo às garantias judiciais) e 25 (proteção judicial), da Declaração Americana dos Direitos Humanos (**Caso Maria da Penha vs. Brasil**. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 15.10.2012). Como se sabe, em virtude do Relatório, o Brasil editou a Lei 11.343/06, que trata das políticas de prevenção, punição e erradicação da violência doméstica contra mulher.

Com efeito, os juízes da Corte Interamericana possuem também atribuições consultivas, devendo manifestar-se sobre a interpretação de normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Assim, qualquer Estado membro da Organização Internacional que tenha reconhecido sua competência, poderá dirigir-lhe consulta, visando adequar a aplicação das normas da Convenção Americana de Direitos, ou de outra Convenção Internacional, ao direito interno. Num sentido mais amplo, as interpretações enunciadas pela Corte acabam por uniformizar políticas jurídicas sobre os Direitos Humanos entre os Estados americanos membros da OEA.

Já os casos de inobservância ou desrespeito aos Direitos Humanos, só serão levados à instância contenciosa da Corte através de pedido realizado por Estado membro da OEA que tenha reconhecido sua competência, ou pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (art. 62). Sua sentença consistirá em norma que garanta ao ofendido o gozo de liberdade ou direito violado, bem como indenização compensatória (art. 63, 1; 68, 2).

Mas o exercício da jurisdição, de forma análoga ao que se referiu anteriormente sobre a atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, não substitui a atividade dos tribunais internos dos Estados-membros. E só é concretizável em relação aos Estados que tenham admitido a competência da Corte, vinculando-o às suas decisões, como ocorre com o Brasil, que sofreu condenação no caso Damião Ximenes Lopes<sup>732</sup>.

### 6.2.3 Aspectos críticos

A organização político-jurídica que se dá no continente americano, onde desde o século XIX se observam iniciativas para a aproximação

---

<sup>732</sup> A instância foi proposta pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra o Brasil, porque, em síntese, em 1º de abril de 1999, Ximenes Lopes foi internado na Casa de Repouso Guararapes, que operava no âmbito do Sistema Único de Saúde, no município de Sobral, onde passou por tratamento psiquiátrico, sendo que após três dias veio a falecer. Atribuiu-se ao Estado brasileiro a violação ao direito à vida (art. 4, da Declaração Americana de Direitos Humanos), à integridade física (art. 5), às garantias judiciais (art. 8) e à proteção judicial (art. 25). Ao final, o Estado foi condenado ao pagamento de indenização compensatória relativamente a danos materiais e imateriais (**Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 15.10.2012).

estratégica dos Estados, antecipa-se à formação dos mecanismos de efetivação e proteção dos Direitos Humanos da Comunidade Internacional. Além do mais, esse sistema regional ocupa-se não apenas da progressiva padronização da política jurídica relativa a esses direitos, por meio das orientações e fiscalizações realizadas pela Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, como, também, emite sugestões de adequação das normas internas dos Estados-membros da OEA ao *corpus iuris* positivado nas convenções, e, ainda, intervém nas questões contenciosas por meio da Corte Interamericana. Contudo, se os procedimentos concebidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos para a atuação da Comissão e da Corte forem colocados em contraste com a reformulação dos conceitos políticos e jurídicos ocorrida desde o fim da Guerra Fria, e, ainda, tendo em consideração as novas formas de integração dos povos e o surgimento de demandas transnacionais como efeitos da Globalização (não apenas econômica, mas, também, cultural), então se evidenciará a defasagem da sistemática em vigor.

É verdade que, por um lado, a estrutura da Organização dos Estados Americanos obedece a um esquema de representação isonômica, sem que haja, por isso mesmo, a precedência de alguns Estados-membros em relação a outros. A Assembleia Geral e o Conselho Permanente dessa Organização Internacional assemelham-se a um organismo parlamentar, decidindo, aquela, sobre as políticas gerais da OEA, sobre a adoção de normas gerais a respeito de seu funcionamento, aprovando seu regulamento etc. (art. 54, Carta da OEA); enquanto que este executa as decisões da Assembleia, vela pelo bom funcionamento da Secretaria Geral, prepara projetos de acordos etc. (art. 91, da Carta). Em vez de prerrogativas de intervenção, o Conselho Permanente usa de expedientes diplomáticos, tentando dirimir os dissensos entre Estados-membros por meio de procedimentos de solução pacífica; para além de zelar pelas relações de amizade entre seus entes (art. 85 e 84, respectivamente, da Carta)<sup>733</sup>. Apresenta, numa palavra, elevado nível de desenvolvimento democrático, o que, como já se disse em outra passagem, faculta melhor interação no ambiente

<sup>733</sup> **Carta da Organização dos Estados Americanos.** Disponível em: <[www.oas.org/dil/esp/tratados\\_A-41\\_Carta\\_de\\_la\\_Organizacion\\_de\\_los\\_Estados\\_Americanos.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos.pdf)>. Acesso em: 16.10.2012.



evidentemente plural. Mas, por outro lado, as tentativas de solução de controvérsias, bem como de violações de Direitos Humanos, tanto na esfera da Comissão, como na da Corte Interamericana de Direitos Humanos é, de certa forma, obstaculizada por procedimentos que estão metódica e coerentemente atrelados a uma constituição principiológica do Direito Internacional tradicional. Assim, na Carta fundamental da OEA dispõe-se que as relações entre os Estados devem obedecer ao princípio da reciprocidade (art. 3, “a”), o que implica na necessidade de os membros da Organização Internacional aderirem ou aceitarem as normas de Convenções que regem as obrigações e direitos no âmbito do continente americano. Além do mais, são também reconhecidos na Carta da Organização os princípios da soberania e da independência dos Estados (art. 3, “b”)<sup>734</sup>, que têm orientado os procedimentos dos órgãos consultivo e jurisdicional. De acordo com esse quadro, o art. 45, da Convenção Americana dos Direitos Humanos, dispõe que as comunicações feitas por um Estado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, noticiando violação cometida por outro membro da Organização Internacional, só podem ser objeto de procedimento se o reclamado houver aceitado a competência do órgão. Da mesma forma, o Estado membro que pretender dar causa ao procedimento, deve, no momento da ratificação ou adesão, ou em momento posterior, ter reconhecido a competência. O acesso à Corte, por sua vez, é restrito à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e aos Estados-membros (art. 61, da Convenção Americana de Direitos Humanos), o que permite o exame de conveniência mais acurado sobre a hipótese de instância jurisdicional. A solução dos contenciosos pela Corte Interamericana, também requererá que o Estado membro reclamado tenha expressamente aceito sua competência (art. 61, da Convenção)<sup>735</sup>.

As dificuldades de efetivação e, principalmente, de controle das políticas referidas aos Direitos Humanos por parte dos órgãos dotados com

<sup>734</sup> **Carta da Organização dos Estados Americanos.** Disponível em: <[www.oas.org/dil/esp/tratados\\_A-41\\_Carta\\_de\\_la\\_Organizacion\\_de\\_los\\_Estados\\_Americanos.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos.pdf)>. Acesso em: 16.10.2012.

<sup>735</sup> **Convención Americana sobre Derechos Humanos.** disponível em: <[http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos\\_firmas.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm)>. Acesso em: 16.10.2012.

essa competência, podem ser já presumidas em relação a diversos Estados da região caribenha e, também, ao Canadá e aos Estados Unidos (sendo este um membro com inegável relevância), que não ratificaram ou aderiram à Convenção Americana de Direitos Humanos. O fato de não terem expressamente assumido as obrigações relacionadas à implementação dos direitos pactuados, inviabiliza as pretensões políticas de maior integração entre os Estados do continente, além de tornar utópica a concretização da harmonização político-jurídica dos Direitos Humanos.

### 6.3 Sistema europeu de proteção dos Direitos Humanos: em busca da integração europeia

O Direito Internacional clássico amadureceu-se ao longo de tensões entre povos e arranjos políticos casuísticos para o restabelecimento da paz, atendendo, no entanto, mais ao voluntarismo dos potentados do que a algum fundamento legitimamente sólido. A situação de equilíbrio era obtida pela vontade dos reinos de maior influência econômica e militar, mas era alcançada apenas pelos que atuavam hegemonicamente no cenário europeu. Os períodos de calmaria nas relações políticas externas, consequentemente, adivinhavam-se precários, podendo sofrer perturbações ditadas, v.g., pelo expansionismo imperialista, que culminava na alegação de quebra da reciprocidade e na denúncia de tratados. Um sentido de integração e de unidade era impensável, jamais transbordando as barreiras dos Impérios que constituíam verdadeiro *pathos* da vida política europeia. Além do mais, o conceito de Soberania nacional, representativo de uma *summa potestas*, era lembrado como fator impeditivo para concessões multilaterais. É esse o contexto da Paz de Vestefália, que se torna modelo jusinternacional até o período de existência da Sociedade das Nações. Seria necessária uma crise sem precedentes para se evidenciar o esgotamento daquele concerto vestefaliano, e sua superação por uma engenharia político-jurídica que atuasse supranacionalmente, mas pela convergência multilateral dos Estados europeus.

Sob esta nova lógica, a reconstrução dos Estados atingidos pela Segunda Guerra Mundial visava a normalidade existencial, que incluiria os meios para facultar vida digna aos cidadãos como preocupação de primeira grandeza; mas, também, mecanismos político-jurídicos para o refreamento dos ímpetos belicosos, assentando-se teleologicamente no primado do direito e na integração dos Estados europeus mediante concessões que implicavam na revisão do conceito de Soberania. A Comunidade Europeia que se desenhava em meados do século passado, deveria garantir a segurança, reestruturar a economia e implementar um quadro harmonioso de política jurídica de Direitos Humanos.

Os arranjos feitos para tratar da segurança deram causa à criação da Organização do Tratado do Atlântico Norte, enquanto que a reestruturação econômica dos Estados europeus coube dentro do Plano Marshall. Em ambos os casos, um verdadeiro redesenho da política internacional que, no entanto, teria como protagonista a nova potência mundial, os Estados Unidos da América, ficando claro que essa influência punha em causa valores europeus. Tornava-se recorrente a posição de fazer-se um contraponto aos riscos de uma nova hegemonia. Acerca disso, Castells menciona que “havia necessidade de instituições políticas para estabilizar as relações entre os Estados-nação que haviam sido constituídos, historicamente, mediante lutas entre si ou procura de alianças para a guerra seguinte.”<sup>736</sup> Por isso, a primeira providência para a consolidação de uma *pax* europeia foi a regulação de um mercado comum de carvão e aço, através da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço – CECA –, criada em Paris, em abril de 1951, para ela convergindo a Alemanha Ocidental, França, Itália, Bélgica, Holanda e Luxemburgo, tendo o propósito de evitar o desenvolvimento autônomo de qualquer dos Estados nesses setores, que são primordiais para a indústria bélica. Não tardou para que essa integração desse origem à Comunidade Econômica Europeia – CEE –, concebida pelo Tratado de Roma, de 25 de março de 1957, cujo fim era não apenas o fortalecimento dos Estados participantes do bloco econômico, mas sua independência em relação aos

---

<sup>736</sup> CASTELLS, Manuel. **Fim de milênio**. 4. ed. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 387. Título original: **End of millennium**.

Estados Unidos da América, como explicitamente enfatizou De Gaulle.

O projeto inicial tomou grande impulso nos anos 80, quando o mundo emergia das crises econômicas de 1973 e de 1979. Por um lado, deu-se a entrada de Espanha e Portugal na Comunidade; por outro, pavimentava-se o caminho para o mercado unificado, que viria a se tornar realidade nos anos 90. Mas aqui já se opera uma sensível mudança na estrutura política dos Estados comunitários, que se encaminham para um modelo contra o qual nos anos 60 se insurgira a Grã-Bretanha: o da soberania redefinida. Castells refere que

*Mais uma vez, uma medida econômica, o estabelecimento de um verdadeiro mercado comum de capital, bens, serviços e mão-de-obra, foi, no fundo, uma medida para promover a integração política, cedendo partes da soberania nacional para assegurar certo grau de autonomia aos Estados membros no novo ambiente global.*<sup>737</sup>

E isso tanto foi uma questão capital para os europeus, que logo o amalgama político-econômico é necessariamente adensado por um sistema de direito comunitário, tudo a possibilitar uma integração dos Estados que ultrapassa os fins econômicos e de mercado para dar cabimento a uma União Europeia.

Paralelamente à reestruturação econômica e da garantia da paz por meio da instauração de um novo modelo jusinternacional, que requeria um nível mais elevado integração, resultando na formação de Comunidades, a Europa sedimenta sua política jurídica de Direitos Humanos, numa primeira etapa, pelo desenvolvimento de organismos supranacionais nos âmbitos de fiscalização e da atividade jurisdicional; e, na etapa seguinte, com o surgimento da União Europeia, efetivando as planificações sobre a matéria em âmbito transnacional.

### 6.3.1 Experiência supranacional de política jurídica: o sistema europeu de Direitos Humanos

<sup>737</sup> CASTELLS, Manuel. **Fim de milênio**. 4. ed. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 389. Título original: **End of millennium**.

Se o modelo da Carta das Nações Unidas implica numa viragem em termos de proteção dos Direitos Humanos, que deixam de ser da alçada exclusiva do Estado, no âmbito interno de seu sistema político-jurídico, para se tornarem uma responsabilidade consensualmente compartilhada pelos membros da Comunidade Internacional, com o sistema europeu dá-se um outro passo mais à frente. Para além da convergência imediata, já no período inicial do pós-guerra, de grande parte dos Estados quanto à adoção de políticas de implementação e proteção dos Direitos Humanos, criaram-se mecanismos para seu controle e garantia, mas tendo-se como base a ideia de integração europeia.

O continente já experimentara, ao longo de mais de um século, revoluções que culminaram com a consagração de direitos fundamentais no corpo jurídico-constitucional de seus Estados. Tanto os da primeira Geração, que perfilavam a liberdade negativa (pela abstenção de intromissão do poder político), declarados em tom retórico como universais, como os de segunda Geração, compreensíveis sob a fórmula da liberdade positiva (pela participação do poder político), haviam sido admitidos pelos povos do Ocidente. Existia, pois, uma arraigada consciência sobre Direitos Humanos que rompia a esfera do meramente simbólico (ou ideal), que se comprova pelos sistemas de garantias adotados tanto por continentais (que positivaram o direito de resistência, o controle da legalidade e a presunção da inocência), como pelos insulares (que em datas mais remotas já haviam concebido a *rule of law*, o julgamento pelo júri popular, o direito a recurso e o *habeas corpus*), manejados contra o Estado. O que implica dizer que os Estados europeus vinham comungando idênticos projetos político-jurídicos de efetivação dos Direitos Humanos. Assim, a transposição do plano nacional para o plano regional (mais tarde, comunitário ou transnacional), entendida pela sublimação da ideia de Soberania, o *summum imperium* localizável *essentiellement dans la nation*<sup>738</sup>, pelo princípio de unidade logrado pela integração dos Estados europeus não seria, do ponto de vista político-filosófico e sociológico, tarefa que exigisse mais que uma

---

<sup>738</sup> Art. 3, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

reengenharia político-jurídica de consenso. O processo de definição do Direito Internacional dos Direitos Humanos nos âmbitos universal e regional, por meio de pactos e convenções setoriais, sustenta García Roca, transformou a “pretendida soberanía absoluta de los Estados hasta que [...] puede pensarse que ostenta, como fenómeno jurídico, rasgos de «mito» (una explicación no racional o ficticia de la realidad) o de «residuo» (un resto en un largo proceso de integración a través de derechos)”<sup>739</sup>.

O arcabouço histórico que permite a elevação da Europa a uma altitude vital distinta daquela do continente americano, tendo como ponto fixo de onde se os observa comparativamente o ideal de otimização dos Direitos Humanos, é, também, a circunstância fundamental para o aturado desenvolvimento de um sistema mais eficiente relativamente ao controle e harmonização desses direitos. Por isso, é com propriedade que Piovesan se refere ao sistema europeu de Direitos Humanos como o mais “consolidado e amadurecido”<sup>740</sup>, chegando ao ponto de legitimar o acesso das pessoas individuais à Justiça, que empreende não só a uniformização interpretativa, como também vincula os Estados-membros à observância das normas inscritas em sua Convenção de direitos.

### 6.3.1.1 Convenção Europeia de Direitos Humanos

A solução de integração escolhida pela Europa objetivando sua reconstrução ético-jurídica, a partir dos alicerces de uma herança comum de tradições políticas e de crença nas liberdades, inclui uma Convenção que positivará os Direitos Humanos como documento político-jurídico basilar de vinculação dos Estados, formando-se, por essa via, uma comunidade política com planificações que se tornam progressivamente homogêneas<sup>741</sup>. Muitos desses Estados, com

<sup>739</sup> GARCÍA ROCA, Javier. Soberanía estatal *versus* integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional? In GARCÍA ROCA, Javier; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A. **Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 16.

<sup>740</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional**. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 99.

<sup>741</sup> O preâmbulo da Convenção é esclarecedor, a esse propósito, ao afirmar: “Being resolved, as the

efeito, já haviam aderido à Declaração Universal de Direitos Humanos quando, em 3 de setembro de 1953<sup>742</sup>, adotam a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, num intento que se percebe destinado a unificar político-juridicamente o continente<sup>743</sup>. Os direitos nela inscritos, em concordância com isso, fixam um novo marco político-jurídico para os Estados a partir do momento em que a ratificam, devendo operar-se a cessação da aplicação de normas de direito interno que contrastem com a Convenção<sup>744</sup>. Dessa forma, será lícito dizer-se, seguindo-se as pegadas de Piovesan, que ela “é fruto do processo de integração Europeia”<sup>745</sup>; mas, sob outro enfoque, também pode ser considerada como elemento político-jurídico integrador porque, por um lado, estabelece as linhas diretrizes a serem seguidas pelos Estados-membros; por outro, insere-os num sistema segundo qual todos são, teoricamente, responsáveis pela fiscalização de suas normas.

A Convenção Europeia, que em termos gerais estabelece um rol de Direitos Humanos próximo ao da Declaração Universal<sup>746</sup>, prevê mecanismos

---

governments of European countries which are like-minded and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law, to take the first steps for the collective enforcement of certain of the rights stated in the Universal Declaration.” **Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**. Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/005.htm>>. Acesso em: 21.10.2012.

<sup>742</sup> Antes dessa data, em 4 de novembro de 1950, os membros do Conselho da Europa já haviam adotado a Convenção, mas só posteriormente, a partir de sua ratificação por mais oito Estados – Dinamarca, República Federal da Alemanha, Islândia, Irlanda, Luxemburgo, Noruega, Suécia e Reino Unido é que passa a vigorar.

<sup>743</sup> É o que se percebe de um dos considerandos dispostos preambularmente naquele documento: “Considering that the aim of the Council of Europe is the achievement of greater unity between its members and that one of the methods by which that aim is to be pursued is the maintenance and further realization of human rights and fundamental freedoms”. **Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**. Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/005.htm>>. Acesso em: 21.10.2012.

<sup>744</sup> BRAGE CAMAZANO, Joaquín. Ensayo de una teoría general sustantiva de los Derechos Fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. In GARCÍA ROCA, Javier; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A. **Integración europea a través de derechos fundamentales**: de un sistema binario a otro integrado. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 120.

<sup>745</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional**. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 100.

<sup>746</sup> Sem, contudo, dispor sobre os direitos sociais, que foram tratados na Carta Social Europeia, que entrou em vigor em 26 de fevereiro de 1965. Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=ENG>>. Acesso em: 21.10.2012.

para a implementação de política jurídica pelos Estados em conformidade com suas diretrizes. Em primeiro lugar, qualquer Estado que tenha aderido ao sistema deverá, quando solicitado pelo Secretário-Geral do Conselho da Europa, esclarecer a forma pela qual seu direito interno assegura a consolidação das disposições previstas na Convenção Europeia (art. 52, da Convenção)<sup>747</sup>. Isto quer dizer que o Conselho da Europa assume um papel fiscalizador dos Estados-membros, intervindo diretamente em seu direito interno. De acordo com essa premissa, qualquer Estado membro pode dar causa aos questionamentos, atribuindo violação de Direitos Humanos a outro Estado integrante do Conselho.

Com a entrada em vigor do Protocolo n. 11, em 1º de novembro de 1998, adotou-se uma sistemática distinta da que era prevista nos arts. 24 e 25 da Convenção Europeia em relação à fiscalização do direito interno dos Estados-membros quanto à política jurídica de Direitos Humanos. Antes, havia uma Comissão Europeia de Direitos Humanos que recebia as denúncias dos Estados, bem como de indivíduos, ONGs ou grupos de indivíduos acerca de violações às normas do Tratado; o órgão realizava um exame de admissibilidade prévio à análise do mérito, sendo que, em caso de admissão, a Comissão passava a apreciar os fatos e a fundamentação do pedido, para então tentar uma composição amigável; realizava-se um relatório e, sendo o caso, a Comissão submetia a *quaestio* à Corte Europeia de Direitos Humanos. Atualmente, contudo, deixou de haver a intermediação da solução da questão conflituosa por uma Comissão, sendo ela apresentada diretamente à Corte Europeia de Direitos Humanos. Assim, em segundo lugar, o controle pode ser exercido ao nível jurisdicional por meio de petição, noticiando violação de Direitos Humanos, dirigida à Corte Europeia por qualquer Estado membro do Conselho Europeu (art. 33)<sup>748</sup>, assim como por um indivíduo, Organização Não Governamental ou grupo de indivíduos (art. 34)<sup>749</sup>.

---

<sup>747</sup> “Article 52 – Inquiries by the Secretary General. On receipt of a request from the Secretary General of the Council of Europe any High Contracting Party shall furnish an explanation of the manner in which its internal law ensures the effective implementation of any of the provisions of the Convention.” **Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**. Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/005.htm>>. Acesso em: 21.10.2012.

<sup>748</sup> “Article 33 – Inter-State cases. Any High Contracting Party may refer to the Court any alleged



A responsabilidade dos Estados europeus pela adequação do direito interno às normas pactuadas, que se controla por meio das informações que devem ser apreciadas pelo Secretário-Geral do Conselho da Europa, ou pelo exercício da jurisdição pela Corte Europeia, mecanismos estes impulsionados por uma ampla gama de possíveis intervenientes, indica, por um lado, a disposição do sistema europeu de revogar a antiga barreira conceitual de Soberania nacional na mesma medida em que a comunidade regional de Estados procura alcançar uma maior integração; por outro, e como consequência do alcance destas etapas, o sistema europeu persegue, de forma mais efetiva do que o sistema da Carta das Nações Unidas, a harmonização da política jurídica de Direitos Humanos entre os Estados. Este efeito é mais bem elaborado pela Corte Europeia, com sua competência consultiva e contenciosa.

### 6.3.1.2 Corte Europeia de Direitos Humanos

O sistema europeu de Direitos Humanos aponta para uma superposição jurisdicional, que deve ser entendida em concerto com o princípio da subsidiariedade. Isto significa dizer que a Corte Europeia não intervirá naqueles casos em que não houverem sido esgotados todos os remédios jurídicos previstos pela legislação interna do Estado contra o qual se pede uma providência jurídica (art. 35, da Convenção). No entanto, García Roca lembra que há exceções para essa regra, possibilitando à Corte a revisão da decisão nacional e mesmo sua substituição por outra que esteja em conformidade com a Declaração: a) quando as autoridades do Estado questionado não promoverem uma satisfação à vítima de

---

breach of the provisions of the Convention and the protocols thereto by another High Contracting Party.” **Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**. Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/005.htm>>. Acesso em: 21.10.2012.

<sup>749</sup> “Article 34 – Individual applications. Chart of Declarations under former Articles 25 and 46 of the ECHR. The Court may receive applications from any person, non-governmental organization or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the protocols thereto. The High Contracting Parties undertake not to hinder in any way the effective exercise of this right.” **Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**. Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/005.htm>>. Acesso em: 21.10.2012.

violação de direito; b) quando a reparação obtida for inidônea para uma adequada proteção de direito violado<sup>750</sup>.

Vê-se, dessa forma, que a Corte Europeia estabelece standards de otimização dos Direitos Humanos em sua jurisprudência, que vinculam os Estados que aceitaram sua competência. Mas não pode ser confundido com uma instância de cassação ou de revisão de todas as decisões prolatadas pelos tribunais dos Estados<sup>751</sup>. Justamente por isso, García Roca lembra que se o nível de proteção dos Direitos Humanos pelo Estado membro for equivalente ou mais elevado que os padrões estabelecidos pela Corte Europeia, sequer haverá cabimento para a intervenção jurisdicional<sup>752</sup>.

As decisões de questões contenciosas têm, a princípio, natureza declaratória, uma vez que, não dispondo a Comunidade Internacional (em âmbito regional) de órgãos executivos centralizados, deixa-se à discricionariedade do Estado membro a atribuição de implementar as disposições nelas contidas<sup>753</sup>. Mas o art. 46 da Declaração Europeia cria um mecanismo de fiscalização da execução das decisões. De um lado, convoca os Estados-membros do Conselho da Europa a acatarem as decisões; por outro, refere que o Comitê de Ministros, ciente da decisão definitiva prolatada pela Corte Europeia, velará pelo seu

---

<sup>750</sup> GARCÍA ROCA, Javier. Soberanía estatal *versus* integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional? In GARCÍA ROCA, Javier; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A. **Integración europea a través de derechos fundamentales**: de un sistema binario a otro integrado. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 24.

<sup>751</sup> FERNÁNDEZ SANCHEZ, Pablo Antonio. Naturaleza jurídica de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. In GARCÍA ROCA, Javier; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A. **Integración europea a través de derechos fundamentales**: de un sistema binario a otro integrado. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 172.

<sup>752</sup> GARCÍA ROCA, Javier. Soberanía estatal *versus* integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional? In GARCÍA ROCA, Javier; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A. **Integración europea a través de derechos fundamentales**: de un sistema binario a otro integrado. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 25.

<sup>753</sup> FERNÁNDEZ SANCHEZ, Pablo Antonio. Naturaleza jurídica de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. In GARCÍA ROCA, Javier; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A. **Integración europea a través de derechos fundamentales**: de un sistema binario a otro integrado. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 172. O autor ressalta, também, que “las limitaciones a la libertad de los Estados deben ser interpretadas restrictivamente”.

cumprimento<sup>754</sup>. Por outras palavras, apesar de a sentença não ter força executória, os Estados obrigam-se a satisfazer as determinações nela contidas, cabendo ao Comitê de Ministros fiscalizar a adequação dos meios escolhidos pelo Estado condenado<sup>755</sup>.

Em realidade, existe uma obrigação jurídica assumida pelos Estados que aderiram à Declaração Europeia de observarem o cumprimento de suas normas. De maneira que a violação de uma delas, por atos concretos ou pela legislação interna contrária à Declaração, deve ser reparada nos termos da sentença definitiva prolatada pela Corte Europeia. *Mutatis mutandis*, o descumprimento da sentença equivalerá a uma violação da Declaração de direitos, sujeitando o Estado condenado a consequências determinadas pelo Comitê de Ministros, como a da suspensão do Conselho da Europa<sup>756</sup>.

<sup>754</sup> “Article 46 – Binding force and execution of judgments. 1. The High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties. 2. The final judgment of the Court shall be transmitted to the Committee of Ministers, which shall supervise its execution.” **Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**. Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/005.htm>>. Acesso em: 21.10.2012.

<sup>755</sup> FERNÁNDEZ SANCHEZ, Pablo Antonio. Naturaleza jurídica de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. In GARCÍA ROCA, Javier; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A. **Integración europea a través de derechos fundamentales**: de un sistema binario a otro integrado. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 174.

<sup>756</sup> A Declaração Europeia dispõe, no art. 46, sobre a hipótese de deliberação do Comitê de Ministros em relação ao Estado que não cumpra a sentença. “3. If the Committee of Ministers considers that the supervision of the execution of a final judgment is hindered by a problem of interpretation of the judgment, it may refer the matter to the Court for a ruling on the question of interpretation. A referral decision shall require a majority vote of two thirds of the representatives entitled to sit on the Committee. 4. If the Committee of Ministers considers that a High Contracting Party refuses to abide by a final judgment in a case to which it is a party, it may, after serving formal notice on that Party and by decision adopted by a majority vote of two thirds of the representatives entitled to sit on the Committee, refer to the Court the question whether that Party has failed to fulfill its obligation under paragraph 1. 5. If the Court finds a violation of paragraph 1, it shall refer the case to the Committee of Ministers for consideration of the measures to be taken. If the Court finds no violation of paragraph 1, it shall refer the case to the Committee of Ministers, which shall close its examination of the case.” **Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**. Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/005.htm>>. Acesso em: 21.10.2012. O Estatuto do Conselho da Europa, por sua vez, dispõe sobre a hipótese de suspensão do Estado membro que houver violado algum direito: “Any member of the Council of Europe which has seriously violated Article 3 may be suspended from its rights of representation and requested by the Committee of Ministers to withdraw under Article 7. If such member does not comply with this request, the Committee may decide that it has ceased to be a member of the Council as from such date as the Committee may determine.” (art. 8º). **Statute of Council of Europe**. Disponível

As decisões da Corte Europeia promovem, essencialmente, a reparação da lesão causada por um ente político em razão de violação de direito estatuído na Convenção Europeia. Com efeito, a decisão determina, em conformidade com o direito interno do Estado condenado, uma satisfação equitativa à parte prejudicada<sup>757</sup>. Mas a decisão implica, também, no estabelecimento de um standard de otimização dos Direitos Humanos, de forma que a determinação nela contida surte efeito na legislação e na prática internas do Estado, como se pode mencionar, exemplificativamente, em relação à regulamentação da liberdade de imprensa na Inglaterra, da escuta telefônica na Suíça, da revista pessoal na Itália<sup>758</sup>.

### 6.3.2 Política jurídica do sistema comunitário dos Direitos Humanos: do papel afirmativo do Tribunal de Justiça à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia

A integração europeia, que decorre de um processo em que se vê, inicialmente, um conjunto de Comunidades<sup>759</sup>, e, no momento atual, a União, manifesta-se juridicamente pelos tratados constitutivos, vindo a consolidar seu amadurecimento através do Tratado de Lisboa. Este ultrapassa a matéria estritamente econômica, que importou na reconstrução de uma Europa sem

---

em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/001.htm>>. Acesso em: 23.10.2012.

<sup>757</sup> “Article 41 – Just satisfaction. If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.” **Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**. Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/005.htm>>. Acesso em: 22.10.2012.

<sup>758</sup> Para além destes exemplos, DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights in theory and practice**. 2. ed. Nova Iorque: Cornell University, 2002, p. 139, menciona a alteração dos sistemas de detenção em Bélgica, Alemanha, Grécia e Itália; do tratamento de estrangeiros na Holanda e Suíça; das práticas de assistência legal em Itália e Dinamarca; do procedimentos mais céleres em Itália, Holanda e Suécia.

<sup>759</sup> Há de se destacar que a integração europeia foi um processo que experimentou alguns modelos comunitários, criados por tratados, como refere PAIS, Sofia Oliveira. **Estudos de direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 8-20: a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço – CECA –, criada em 18 de abril de 1951; a Comunidade Europeia de Energia Atômica – CEEA – e a Comunidade Econômica Europeia – CEE –, surgidas com os Tratados de Roma, em 25 de março de 1957.

fronteiras internas para o mercado<sup>760</sup>: incluiu, já nas disposições comuns, os princípios ontológicos, éticos e políticos que devem nortear a União, e o compromisso para com o respeito às liberdades, aos Direitos Humanos, bem como para com o desenvolvimento da sociedade por meio de políticas e justiça sociais; de maneira consentânea, reconheceu os direitos, liberdades e princípios que vinham sendo laborados em sua tradição jurisprudencial e constitucional e que resultaram na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, para além de aderir à Convenção Europeia de Direitos Humanos. Agora, a União passava da dimensão de zona transnacional de mercado comum para um ente político-jurídico que prossegue no esbatimento de diferenças entre os povos europeus, concebendo para seu ordenamento jurídico uma adequação com o conjunto de normas dos Direitos Humanos, e ainda mecanismos para sua salvaguarda. Mas é já na etapa inicial, quando os Estados europeus formavam Comunidades, que se põe em evidência a necessidade de incluir-se em sua esfera jurídica direitos fundamentais que ultrapassassem “su fragmentario reconocimiento en los Tratados”<sup>761</sup>. O que ocorrerá já pela jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias<sup>762</sup>, lastreada pela tradição constitucional comum dos Estados europeus e pelos Tratados internacionais relativos à proteção dos Direitos

---

<sup>760</sup> PAIS, Sofia Oliveira. **Estudos da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2012, p.115-116, salienta que o “Tratado constitutivo da Comunidade Económica Europeia não continha nenhuma disposição relativa à protecção dos direitos fundamentais. O legislador visou claramente um objetivo económico – a construção de um mercado comum –, e acreditava que para a defesa dos direitos fundamentais seriam suficientes as soluções consagradas a nível interno, nomeadamente no plano constitucional.” Apesar de o respeito aos Direitos Humanos estar na viga mestra de todo edifício europeu, seja em decorrência de sua História constitucional, seja por causa do sistema regional para sua proteção, que repercutiam nas decisões do Tribunal das Comunidades, o projeto de âmbito transnacional abrangia somente as questões económicas e de mercado.

<sup>761</sup> RODRÍGUEZ BEREJO, Álvaro. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la protección de los Derechos Humanos. In FERNÁNDEZ SOLA, Natividad (org.). **Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional**. Madri: Dykinson, 2004, p. 12. Podem ser destacados desse conjunto fragmentário contido nos Tratados: as liberdades básicas de carácter económico, ou seja, a livre circulação de trabalhadores (previstas no art. 39, do Tratado da Comunidade Europeia – TCE); a liberdade de estabelecimento (art. 43, TCE); a livre circulação de bens (art. 23, TCE), de serviços (art. 49, TCE), e de capitais (art. 56, TCE); a igualdade de retribuição e de tratamento de homens e mulheres na vida laboral (art. 141, TCE); a proibição de cláusula discriminatória em razão de nacionalidade (art. 12, TCE).

<sup>762</sup> De agora em diante será denominado apenas de Tribunal de Justiça.

Humanos, como é o caso da Convenção Europeia<sup>763</sup>, já pela imposição prática das regras fundamentais de integração, a do Estado de direito e o primado do direito (ideias, aliás, correlacionadas e indissociáveis)<sup>764</sup>. É em razão dessa intrincada tessitura político-jurídica, que tem no sistema de direitos individuais e sociais o elemento amalgamador da União, que se pode afirmar, com Rodríguez Berejo, que o respeito pelos direitos fundamentais é condição de validade ou de legalidade dos atos comunitários.<sup>765</sup>

Com efeito, o Tratado da União Europeia afirma, em mais de um momento, fundar-se nos valores humanos. Primeiro, respeitando a dignidade humana, a liberdade, e os princípios do Estado democrático, a igualdade e a *rule of law*<sup>766</sup>. Depois, afirmando que “A União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas”, com as respectivas garantias para a livre circulação de pessoas (art. 3º). Por fim, assinala o compromisso de combater a exclusão social e as discriminações, na mesma medida em que “promove a justiça e a proteção sociais, a igualdade entre homens

<sup>763</sup> QUADROS, Fausto de. **Direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 129-130 relaciona as decisões do Tribunal de Justiça que constituem a jurisprudência comunitária de proteção dos direitos fundamentais: no caso *Stauder*, de 1969, preconizou-se que “o respeito pelos direitos fundamentais (da pessoa humana) faz parte dos princípios gerais de Direito cujo respeito (ele) assegura”; no caso *Internationale Handelsgesellschaft*, o Tribunal referiu que “a salvaguarda desses direitos, inspirando-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados membros, deve ser assegurada no quadro da estrutura e dos objectivos da Comunidade.” No caso *Nold*, há já referência explícita à Convenção Europeia de Direitos Humanos. O recurso às normas da Convenção é também lembrado no julgamento do caso *Hoescht*, salientando-se que elas integram as fontes dos direitos comunitários. A evolução jurisprudencial é também estudada por SOARES, António Goucha. **A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia**. Proteção dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 11-18; PAIS, Sofia Oliveira. **Estudos de Direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 116-120.

<sup>764</sup> Já a Convenção Europeia de Direitos Humanos destaca, em seu Preâmbulo, que o respeito pelas liberdades e pelo direito (a *rule of law*) fazem parte da herança comum dos Estados europeus.

<sup>765</sup> RODRÍGUEZ BEREJO, Álvaro. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la protección de los Derechos Humanos. In FERNÁNDEZ SOLA, Natividad (org.). **Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional**. Madri: Dykinson, 2004, p. 13.

<sup>766</sup> Art. 2º. “A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres.” **Tratado da União Europeia**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/12007L/htm/C2007306PT.01001001.htm>>. Acesso em: 25.10.2012.

e mulheres, a solidariedade entre as gerações e a proteção dos direitos da criança.” (art. 3º). Por outras palavras, a União assenta-se sobre um conjunto de valores éticos, em boa verdade enraizados no constitucionalismo europeu, de maneira a formar uma base ético-jurídica comum, que presidirá a todo o sistema de funcionamento de seus entes políticos e vinculará os Estados-membros.

Para além disso, o novo sistema de proteção dos Direitos Humanos que surge, convoca a adesão da União à Convenção Europeia, e institui uma Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia – que estabelecerá, um outro nível de proteção dos direitos. Os direitos fundamentais conhecidos nas tradições constitucionais e a Carta de Direitos, convivem com o sistema regional de Direitos Humanos estabelecido na Convenção Europeia, num arranjo ao qual Canotilho denomina de “comunidade de direito”<sup>767</sup> –, inaugurando, como ficará adiante demonstrado, uma política de direito transnacional.

### 6.3.2.1 A Carta de Direitos Fundamentais, a adesão da União à Convenção Europeia de Direitos Humanos e os mecanismos de controle

O projeto político-jurídico de integração europeia fulcrado no respeito e na promoção das liberdades e dos direitos individuais e sociais, cujo cumprimento serve como critério de validade e de legalidade dos atos comunitários, já vinha considerando, desde o julgamento do caso *Nold*, pelo Tribunal de Justiça, em 1974, a possibilidade de empregarem-se as regras contidas em tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos, como é o caso da Convenção Europeia<sup>768</sup>. Mas o caminho até a efetiva adesão dos Estados da União Europeia à Convenção é percorrido de maneira tortuosa uma vez que, apesar da consulta sobre essa possibilidade feita em 1979 pela Comissão Europeia ao

<sup>767</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de direito e internormatividade. In SILVEIRA, Alessandra. (Org.). **Direito da União Europeia e transnacionalidade**. Lisboa: Quid Iuris, 2010, p. 175.

<sup>768</sup> GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. A evolução da protecção dos direitos fundamentais no espaço comunitário. In RÍQUITO, Ana Luísa; VENTURA, Catarina Sampaio; ANDRADE, J. C. Vieira de, *et alii*. **Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 33.

Conselho da Europa, a matéria, que é discutida ao longo das duas décadas seguintes, suscitaria divergências. A primeira delas refere-se à própria inexistência de negociações de adesão da então Comunidade Europeia à Convenção, já que não havia um projeto de novo acordo no qual se pudesse deliberar político-juridicamente sobre os Direitos Humanos. O Tribunal de Justiça emitiu, a esse respeito, o Parecer 2/94, referindo que a adesão implicaria uma alteração do sistema comunitário de proteção dos direitos, já que “comportaria a entrada da Comunidade num distinto sistema institucional internacional, bem como a integração de todas as disposições da Convenção no ordenamento comunitário.”<sup>769</sup> Pode argumentar-se, além do mais, que os arranjos político-jurídicos de cariz internacional do sistema regional de Direitos Humanos, dizem respeito a um nível de proteção posto em prática por organismos supranacionais, como é a Corte Europeia de Direitos Humanos, que se atrela aos princípios gerais de Direito Internacional, inclusive o do respeito à Soberania dos Estados membros do Conselho da Europa; em concordância com isso, as intervenções ocorrem subsidiariamente em relação aos mecanismos do direito interno. Já a União Europeia, como fato político-jurídico concreto, transcende as posições tradicionais dos arranjos jusinternacionais, especialmente pelo fato de vir sublimando, progressivamente, o conceito de Soberania<sup>770</sup>, fundando uma outra noção para a autonomia dos Estados europeus.

---

<sup>769</sup> SOARES, António Goucha. **A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia**. Proteção dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 27. MOREIRA, Vital. A Carta e a adesão da União Europeia à Convenção Europeia do Homem (CEDH). In RIQUITO, Ana Luísa; VENTURA, Catarina Sampaio; ANDRADE, J. C. Vieira de, *et alii*. **Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 92 destaca, além do mais, que as objeções podiam radicar-se no fato de as atribuições da União Europeia não incluírem Direitos Humanos.

<sup>770</sup> FROUFE, Pedro Madeira. *Amicus curiae*: algumas manifestações dos efeitos transnacionais do (novo) regime de aplicação das regras dos arts. 101º e 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. In SILVEIRA, Alessandra (Org.). **Direito da União Europeia e Transnacionalidade**. Lisboa: Quid Iuris, 2010, p. 392, delineia a clara distinção entre os dois paradigmas ao referir: “Observando, com efeito, algumas tendências que, sobretudo a nível internacional e/ou (em rigor) *transnacional*, se detectam actualmente no domínio do *político* e do *jurídico*, poderemos notar que, numa determinada perspectiva, sobressai “uma cada vez mais nítida contraposição entre, por um lado, a ordem tradicional, assente numa concepção clássica de soberania (de cooperação entre Soberanias) e (...) de cunho marcadamente *Westphaliano* e, por outro lado, uma emergente ordem pós-nacional, globalizada e globalizante.””



Diante do impasse relativo à adesão da Comunidade à Convenção Europeia como forma de reforçar os mecanismos de proteção dos Direitos Humanos nos Estados-membros, entendia-se viável a “elaboração de um catálogo de direitos fundamentais próprio do ordenamento jurídico comunitário.”<sup>771</sup> Mas antes da publicação de uma Carta de Direitos, o Tratado (de criação) da União Europeia, de 1º de novembro de 1993, proclama que “A União respeitará os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário.” (artigo F, 2).<sup>772</sup> Trata-se, portanto, da proclamação de uma política jurídica comum para os Estados da União Europeia relativamente aos Direitos Humanos, depreendendo-se disso que a constituição do organismo comunitário estava baseada no respeito a esses direitos.

É em junho de 1999 que o Conselho Europeu, reunido em Colônia, forma uma Convenção que redigirá a Carta de Direitos “na qual fiquem consignados, com toda evidência, a importância primordial de tais direitos e o seu alcance para os cidadãos da União.”<sup>773</sup> A Carta, proclamada em 7 de dezembro de 2000, é composta por cinquenta e quatro artigos, contemplando, no 1º do capítulo I, o princípio da dignidade da pessoa humana, que vai inserido, portanto, em lugar de destaque e em conformidade com o qual advirão os demais direitos descritos nos arts. 2º ao 5º<sup>774</sup>; no capítulo II, estão disciplinados os direitos de liberdade (os clássicos direitos de primeira geração e os direitos sociais); no capítulo III estabelecem-se as igualdades, incluindo-se a proteção da diversidade cultural, religiosa e linguística (art. 22), os direitos das crianças, dos idosos e das pessoas com deficiência (arts. 24 a 26); no capítulo IV preveem-se os direitos decorrentes

<sup>771</sup> SOARES, António Goucha. **A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia**. Proteção dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 30.

<sup>772</sup> **Tratado da União Europeia (Tratado de Maastricht)**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html#0001000001>>. Acesso em: 25.10.2012.

<sup>773</sup> QUADROS, Fausto de. **Direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 145.

<sup>774</sup> Inspirada na Convenção Europeia, a Carta consagra, no primeiro capítulo, os direitos à vida, à integridade do ser humanos; bem como as proibições da tortura e dos tratos ou penas desumanas ou degradantes e da escravidão e do trabalho forçado.

da solidariedade, incluindo-se os direitos relativos às condições de trabalho (art. 31) e à segurança e assistência social (art. 34); enquanto que o capítulo V dispõe sobre a cidadania.

Este sistema de direitos destina-se às instituições e órgãos da União, e aos Estados-membros, quando tratarem do direito da União, de modo que devam “respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respectivas competências.”<sup>775</sup> Ou seja, a Carta de Direitos Fundamentais protege todos aqueles cujos direitos possam ser violados pelos organismos da União Europeia ou pelos Estados-membros naquelas atividades reguladas pelo Direito da União.

Mas a Carta dos Direitos não vinculou automaticamente os Estados-membros, porque não foi concebida como documento estrutural do Direito da União. Somente com as reformas organizacionais introduzidas pelo Tratado de Lisboa (que consolidará, em 1º de dezembro de 2009, quando entra em vigor, o Tratado da União Europeia), há a reformulação necessária do Direito para a recepção formal dos Direitos Humanos como parte integrante do *corpus iuris* da União. Isso se faz de maneira ampla, por um lado, pelo reconhecimento dos direitos, liberdades, e princípios contidos na Carta dos Direitos, cujo texto se tornou definitivo em 12 de dezembro de 2007<sup>776</sup>. Embora não faça parte dos Tratados da União, possui valor equivalente e vincula o organismo europeu. Por outro lado, abre-se o campo de proteção pela adesão da União à Convenção Europeia de Direitos Humanos, com a afirmação de fazerem parte de seu sistema jurídico os direitos tal como são garantidos pela mencionada Convenção e da forma como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros (art. 6º, 2 e

<sup>775</sup> RIQUITO, Ana Luísa; VENTURA, Catarina Sampaio; ANDRADE, J. C. Vieira de, *et alii*. **Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 117.

<sup>776</sup> O mesmo art. 6º, no item 1, prevê a cláusula de respeito aos direitos previstos na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. É de observar-se, contudo, que o Reino Unido e a Polónia impuseram reservas à Carta. O primeiro, pretendeu a não aplicação dos direitos sociais em seu território, o que restou chancelado por meio do Protocolo n.º 30; enquanto que o Estado do leste não subscreveu a parte geral da Carta. **Tratado da União Europeia**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/12007L/htm/C2007306PT.01001001.htm>>. Acesso em: 25.10.2012. FROUFE, comenta a matéria no prefácio a SILVEIRA, Alessandra; FROUFE, Pedro Madeira. **Tratado de Lisboa**. Versão Consolidada. Lisboa: Quid Iuris, 2010, p. 19.

3).<sup>777</sup> Por outras palavras, o Tratado confere aos direitos contidos na Convenção Europeia carácter vinculativo em relação aos órgãos da União Europeia<sup>778</sup>. O que significa também dizer que o organismo político-jurídico da União, que inclui o Parlamento Europeu, o Tribunal de 1ª Instância, Tribunal de Justiça, o Conselho da União Europeia, deverá coordenar sua ação, dentro das competências estabelecidas no Tratado e para a consecução dos objetivos comunitários, com o sistema de Direitos Humanos estabelecido na Convenção Europeia e nas Constituições dos Estados-membros.

O sistema de proteção dos Direitos Humanos da União Europeia caracteriza-se, como se percebe, em primeiro lugar, por ter plasmado no Direito da União vários instrumentos protetivos – os de âmbito internacional e os que pertencem às tradições constitucionais, acolhidos como princípios gerais, além da Carta de Direitos Fundamentais – que se tornam suas fontes jurídicas. Esta configuração do Direito da União estabelece não apenas coesão político-jurídica, como, também, aumenta as possibilidades de otimização e efetividade dos Direitos Humanos, na medida em que se procura o nível mais elevado de proteção. Aliás, a Carta de Direitos Fundamentais consagra, em seu art. 53º, o princípio do nível mais elevado de proteção, que faculta o emprego preferencial de norma mais favorável<sup>779</sup>. Em segundo lugar, e como decorrência do complexo de princípios gerais reconhecido pelo art. 6º, 3, do Tratado da União Europeia<sup>780</sup> e da admissão dos direitos, liberdades e princípios contidos na Carta de Direitos Fundamentais<sup>781</sup>,

<sup>777</sup> **Tratado da União Europeia.** Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/12007L/htm/C2007306PT.01001001.htm>>. Acesso em: 25.10.2012.

<sup>778</sup> MOREIRA, Vital. A Carta e a adesão da União Europeia à Convenção Europeia do Homem (CEDH). In RIQUITO, Ana Luísa; VENTURA, Catarina Sampaio; ANDRADE, J. C. Vieira de, *et alii*. **Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 89.

<sup>779</sup> SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito da União Europeia**. Doutrina e jurisprudência. 2. ed. atual. e ampl. Lisboa: Quid Iuris, 2011, p. 83, refere que, “se numa situação concreta for possível a aplicação de mais de um regime jurídico relativo ao mesmo direito fundamental, será aplicável o que ofereça uma protecção mais elevada ao titular do direito em causa.”

<sup>780</sup> Art. 6º, 3. “Do Direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros.” **Tratado da União Europeia**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/12007L/htm/C2007306PT.01001001.htm>>. Acesso em: 25.10.2012.

<sup>781</sup> “Art. 6º, 1. “A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos

criam-se competências distintas para o tratamento dos Direitos Humanos. Ou seja, em razão do Tratado e da própria Convenção Europeia, os Estados, indivíduos, ONGs, grupos de indivíduos, de todos os Estados-membros, podem fazer petições junto à Corte Europeia de Direitos Humanos aludindo (e demonstrando fundamentadamente) violações cometidas pelo poder político nacional; enquanto que as transgressões decorrentes de atos dos órgãos da União Europeia, que não é parte na Convenção, serão tratados pelo Tribunal de Justiça<sup>782</sup>.

Para além da tutela dos direitos exercida pelo judiciário, o Tratado da União Europeia estruturou um sistema de fiscalização e de sanções aplicável ao nível administrativo. O Tratado de Amsterdã<sup>783</sup> já previa, em seu art. F.1, a verificação de prática de “violação grave e persistente” aos princípios constituintes da União – o da liberdade, da democracia, do respeito pelos Direitos Humanos e pelas liberdades fundamentais, do Estado de direito (art. F)<sup>784</sup>. Em caso de confirmação da violação o Conselho Europeu estava autorizado a deliberar, por maioria qualificada, a suspensão de alguns dos direitos ao Estado infrator, inclusive o direito de voto no Conselho. A intervenção por meio de iniciativa do Conselho foi mantida no Tratado da União Europeia, em sua versão consolidada. Seu art. 7º, 1, prevê a hipótese de verificação de “existência de um risco manifesto de violação grave dos valores” que norteiam a União por parte de um Estado, mediante proposta de um terço dos Estados-membros, do Parlamento Europeu ou da Comissão Europeia. Em caso de confirmação da violação, o Conselho, deliberando por maioria, “pode decidir suspender alguns dos direitos decorrentes da aplicação dos Tratados aos Estado-Membro em causa, incluindo o direito de voto do representante do Governo desse Estado-Membro no

---

Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados.” **Tratado da União Europeia**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/12007L/htm/C2007306PT.01001001.htm>>. Acesso em: 25.10.2012.

<sup>782</sup> MOREIRA, Vital. A Carta e a adesão da União Europeia à Convenção Europeia do Homem (CEDH). In Riquito, Ana Luísa; Ventura, Catarina Sampaio; Andrade, J. C. Vieira de, et alii. **Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 90.

<sup>783</sup> Publicado em 2 de outubro de 1997, entrou em vigor somente em 1º de maio de 1999.

<sup>784</sup> **Tratado de Amsterdã**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html#0001010001>>. Acesso em: 28. 10. 2012.

Conselho.”<sup>785</sup> Percebe-se, no entanto, maior rigor na reprimenda aplicável ao Estado na versão atual do Tratado. Antes, as sanções decorriam da violação “grave e persistente” dos princípios, ou seja, da violação consumada e reiterada; agora, basta que se evidencie o risco de “violação grave”, para que o sistema de controle antecipe eventuais lesões.

#### 6.4 Suma crítica

O fenômeno da Mundialização dos Direitos Humanos, que marca uma nova Geração de direitos, os que dizem respeito às pretensões de paz e que só podem ser compreendidos se amalgamados com valor da solidariedade, expõe uma fratura na concepção universalista que dominou o projeto do sistema da Carta das Nações Unidas. A formação de sistemas regionais de Direitos Humanos<sup>786</sup>, o interamericano, o europeu e o africano, está na base de uma conjecturável tensão entre universalismo e relativismo. O passado histórico dos Estados americanos, ex-colônias de Impérios europeus, grande parte deles situados na zona periférica do Mundo ocidental, reclama a emancipação social, por meio das pretensões de direitos sociais; o que, evidentemente, contrasta, ao menos na fase de trabalhos preparatórios da Carta das Nações e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, com o teor predominantemente liberal que emergia sob a forma de direitos clássicos. Na Europa, prevaleceram as tradições constitucionais comuns, que põem a claro sua vocação jusumanista radicada no século XVIII, e a emergência de superar os horrores da Guerra, seja pelo projeto de fundamentação ético-jurídica dos Estados do continente, seja pela criação de expedientes concretizáveis de proteção dos Direitos Humanos, na sua mais ampla aceção, inclusive pela minimização das diferenças sociais e promoção da liberdade positiva.

Os sistemas regionais de mais larga experiência político-jurídica, o americano e o europeu, distinguem-se desde já do sistema da Carta das

<sup>785</sup> **Tratado da União Europeia.** Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/12007L/htm/C2007306PT.01001001.htm>>. Acesso em: 25.10.2012.

<sup>786</sup> Em verdade, a Carta das Nações Unidas autoriza, em seu art. 52, 1, a celebração de acordos ou a criação de entidades regionais destinadas a tratar da paz e da segurança internacionais.

Nações por transcenderem o objetivo comum do Direito Internacional de preservação da paz e da segurança. Sua concepção inscreve-se no *lógos* de proteção dos Direitos Humanos, por meio de instrumentos político-jurídicos especialmente destinados ao controle dos atos dos Estados-membros. Consequentemente, no plano político, há a possibilidade de solicitação aos Estados de relatórios concernentes à matéria; de formulação de recomendações exortatórias; de intervenção diplomática para a obtenção de soluções amistosas de dissensos internos e entre Estados-membros. No plano judicial, as Cortes internacionais intervêm nos casos contenciosos de violação dos Direitos Humanos e na interpretação sistemática e progressiva das normas internacionais de aplicação aos Estados-membros.

Os sistemas regionais, no entanto, estruturam-se sobre bases do Direito Internacional tradicionais, que podem ser encontradas no modelo vestefaliano. Tal metódica vai refletir-se sobre o grau de intervenção e efetividade dessas Organizações Internacionais. Ressalta-se, assim, que a intervenção dos organismos colegiados, a Assembleia Geral, o Conselho Permanente da OEA e a Corte Interamericana e o Conselho da Europa e a Corte Europeia, atrela-se à regra que determina o prioritário respeito à Soberania nacional e independência dos Estados-membros. De forma que a atuação dos organismos regionais ocorre, no plano político, por meio de recomendações exortatórias e, no plano judicial, pela sentença que determina reparação compensatória de lesão provocada pelo Estado que houver violado normas de Direitos Humanos. Mas isto somente se o Estado-membro, ao qual se indica a prática de violação, houver aceitado a competência daqueles organismos. Por fim, deve ressaltar-se que a atuação dos organismos regionais é subsidiária, só possível após esgotarem-se os recursos previstos na legislação interna do Estado em causa.

A Europa, no entanto, consegue ultrapassar o sistema jusinternacional regional ao fundamentar suas políticas de integração, primeiro com a constituição das Comunidades, depois, com a formação da União Europeia, no respeito, controle e implementação dos Direitos Humanos. A supressão das fronteiras internas do continente, para o livre trânsito de mercadorias, serviços e

peessoas, impunha a conformação político-jurídica dos Estados-membros a padrões comuns não apenas de economia, mas de jusfundamentalidade. Isto ocorre pela paulatina admissão das tradições constitucionais europeias e das normas contidas na Convenção Europeia de Direitos Humanos pela jurisprudência do Tribunal das Comunidades, num período de transição que culmina com a concepção de uma Carta de Direitos Fundamentais e a adesão da União Europeia à Convenção.

A diferença primacial entre o sistema regional e o que se formou na União Europeia, está na vinculação dos Estados-membros à *comunidade de direito*, que se opera nos Estados individualmente, nas relações horizontais entre si e nas relações verticais com os organismos da União. Existe um controle do poder político quanto à área de afetação dos Direitos Humanos ao nível regional, que se realiza, esgotados os mecanismos processuais internos do Estado em causa, perante a Corte Europeia; e o controle dos atos políticos e jurídicos dos organismos da União, em suas relações com os Estados, com potencial risco para os Direitos Humanos. Além do mais, há mecanismos que antecipam a punição do Estado-membro, cujos atos possam representar risco de violação dos Direitos Humanos.

Aqui já não se verá o acolhimento dos princípios informativos do Direito Internacional, mormente os que poderiam colocar em causa os Tratados. Assim, o funcionamento político-jurídico da União Europeia não se sujeita à reciprocidade para a sujeição de Estados em litígio ao Direito da União. Além do que a Soberania nacional é contextualizada diante das competências dos organismos da União, que atuam nos espaços facultados pelo princípio da subsidiariedade<sup>787</sup>.

---

<sup>787</sup> MARTINS, Ana Maria Guerra. **Curso de Direito Constitucional da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 143-145, destaca os aspectos constituintes da União Europeia, referindo haver necessidade de adequação de seu constitucionalismo a uma “escala transnacional”, superando os antagonismos ocorrentes, pela “adequação de um quadro formal – que é internacional – ao quadro material – que é constitucional”; pela “exigência de limitações ao Poder político da União com a consequente maior protecção dos cidadãos num quadro constitucional”. Deixa entendido, além do mais, que a adoção de uma Carta de Direitos, a qual vincula os organismos da União e os Estados-membros, é já “*conditio sine qua non* da existência de qualquer constituição”. Há, por outras palavras, uma gênese de Constituição aplicável em âmbito transnacional, que se não existe formalmente, inscreve-se dentro de um quadro material.

A intercomunicação discursiva, pressuposta ao sistema constitutivo da União Europeia, que se consubstancia principiologicamente no Estado de direito, nos direitos e liberdades e nos valores democráticos e sociais, resultará do reconhecimento do primado do direito como elemento amalgamador<sup>788</sup>. No âmbito de que se está a tratar, a dificuldade sugerida pela concorrência de normas protetivas dos Direitos Humanos deve ser resolvida pela procura de standards jusfundamentais aplicáveis ao caso concreto<sup>789</sup>. A concorrência entre os direitos fundamentais inscritos nas Constituições dos Estados-membros e os da Carta da União Europeia e, ainda, os Direitos Humanos consagrados na Convenção Europeia, sugere a necessidade de adoção de critérios materiais para sua solução e aplicabilidade ao caso, o que é mediado pelo princípio do nível mais elevado de proteção<sup>790</sup>. Este esquema de funcionamento do sistema de Direitos Humanos da União Europeia, indica para a possibilidade de revisões interpretativas mais dinâmicas sobre a zona teleológica dos direitos, além de um reforço político-jurídico de otimização do respeito e controle relativos à matéria.

---

<sup>788</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de direito e internormatividade. In SILVEIRA, Alessandra. (Org.). **Direito da União Europeia e transnacionalidade**. Lisboa: Quid Iuris, 2010, p. 175.

<sup>789</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de direito e internormatividade. In SILVEIRA, Alessandra. (Org.). **Direito da União Europeia e transnacionalidade**. Lisboa: Quid Iuris, 2010, p. 177.

<sup>790</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de direito e internormatividade. In SILVEIRA, Alessandra. (Org.). **Direito da União Europeia e transnacionalidade**. Lisboa: Quid Iuris, 2010, p. 182.



O direito dos homens deve ser considerado como sagrado, por maiores que sejam os sacrifícios que ele custe ao poder dominante.

Kant, *A paz perpétua*.

Quanto mais alto é o nível do homem, mais amplo é o horizonte de sua solidariedade.

José Ingenieros, *Para uma moral sem dogmas*

## **CAPÍTULO 7**

### **A UNIÃO DAS NAÇÕES SUL-AMERICANAS E AS POSSIBILIDADES DE UM PROJETO POLÍTICO-JURÍDICO DE DIREITOS HUMANOS**

#### **7.1 As tentativas de constituição de um bloco regional das Nações do Sul**

O projeto europeu de formação de um bloco (político-econômico-jurídico) teve início, como já se disse, com a emergente necessidade de reconstrução dos Estados atingidos pela Segunda Guerra Mundial, sendo pensado, inicialmente, como estratégia política para a obtenção de paz pelo refreamento do belicismo e manutenção de segurança. Os dois objetivos, entretanto, só podiam ser perseguidos porque havia um forte alicerce histórico permitindo o levantamento das estruturas do bloco. A ideologia dos Direitos Humanos cristalizara-se secularmente nos Estados da Europa insular e do continente, na sua face ocidental. As ondas de constitucionalismo partem daquela zona, perpetuando-se como técnica político-jurídica de proclamação dos direitos individuais e sociais e, de forma correlata, das garantias para sua fruição. As instituições estavam formadas e organizadas segundo os papéis que lhes foram atribuídos ao longo da experiência política,

tendo como pressuposto os mecanismos de controle engendrados por meio da tripartição do poder político. Isto enfeixa-se com a forma de poder democrático que se vinha aperfeiçoando antes das ideologias nacionalistas. Não por outra ordem de motivos, os Estados vencedores da Guerra estavam preparados para formar Organizações Internacionais, nas quais haviam de superar as planificações prático-políticas de Soberania. Além do mais, após a crise do petróleo do fim dos anos 70 do século passado, sentia-se o receio de que a Europa pudesse transformar-se em “colônia econômica e tecnológica” dos Estados Unidos e da então potência asiática, o Japão, vendo-se, em consequência, a necessidade de formar-se, através do Ato Único Europeu, de 1987, um mercado unificado<sup>791</sup>. Dava-se, dessa forma, um largo passo rumo a uma organização que se distingue dos modelos da Paz de Vestefália e da Santa Aliança, não podendo igualmente ser confundida com as categorias de Organização Internacional de confederação nem de Estado federado: a União Europeia, em vez de funcionar sob a coordenação de organismos internacionais ou de vincular-se a um governo central, tem instituições permanentes que adotam normas positivadas mediante processo de codecisão, cuja “interpretação e apreciação de validade é de competência exclusiva do Tribunal de Justiça; as normas da União podem ter efeito direto e têm primazia sobre o direito dos Estados-membros”. Mas não chega a configurar uma federação pelo fato de os Estados terem a última palavra sobre a organização, uma vez que os Tratados constitutivos “só podem ser revistos por unanimidade”; além de que “os Estados-membros têm o direito de se retirar da União”<sup>792</sup>.

A União Europeia é mais que um bloco de integração econômica e de mercado: os Estados-membros formam um organismo submetido ao primado do Direito da União, que tem em seu *corpus* normas de Direitos Humanos consubstanciadas pela adesão da União ao Direito Internacional (a Convenção Europeia) e pela recepção da Carta de Direitos Fundamentais e das tradições constitucionais europeias. A força vinculativa desse *corpus iuris* extrai a

<sup>791</sup> CASTELLS, Manuel. **Fim do milênio**. 4. ed. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 388. Título original: **End of millenium**.

<sup>792</sup> PAIS, Sofia Oliveira. **Estudos de Direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 17.

exclusividade das competências político-jurídicas do Estado-membro em matéria de Direitos Humanos que, ao invés, forma-se pelos processos de codecisão. Vê-se neste sistema a experiência mais bem acabada de integração regional e de práticas transnacionais.

Mas a tendência de estreitarem-se os laços de vizinhança entre os Estados tornou-se recorrente em outros cantos do Mundo, especialmente durante o processo de Globalização. Os fatores econômicos, de tráfego industrial e de produtos num cenário não previamente regulamentado, que resultam em impactos para os Estados, induzem à formação de blocos econômicos, como os que se veem na América. A interdependência econômica dos Estados, sobressai como elemento catalisador de novas conjunturas políticas e econômicas que transcendem o âmbito do Estado-nação, tendendo para a formação de instituições internacionais que, desnaturando o ente estatal desde seus fundamentos<sup>793</sup>, criam novas perspectivas de solução de problemas que já não são locais, mas transnacionais, e talvez globais. Essa circunstância alcançará os Estados da América do Sul, que também farão esforços para a intensificação do mercado intrarregional e exterior por meio de acordos multilaterais de desenvolvimento de seu comércio. Mais recentemente, evocando-se uma “História compartilhada e solidária” de nações “multiétnicas, plurilíngues, e multiculturais, que lutaram pela emancipação e unidade sul-americanas”, lembrando que, apesar de ter atingido

---

<sup>793</sup> CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2010, p. 287. Título original: **The power of identity**, citando o conceito de Estado de Poulantzas, refere que o Estado capitalista já não absorverá o tempo e o espaço sociais, nem estabelecerá as matrizes de tempo e espaço, nem monopolizará sua organização: “O controle do Estado sobre o tempo e o espaço vem sendo sobrepujado pelos fluxos globais de capital, produtos, serviços, tecnologia, comunicação e informação.” E atribui a formação de instituições supranacionais – que comprometem sua Soberania – a uma tentativa do Estado de reafirmar seu poder. É por este ângulo que vê a formação de grupos como o G-7, OTAN, NAFTA, Mercosul. SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos de globalização. In SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **A globalização e as ciências sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 36, ao tratar dos acordos políticos interestatais, como o da União Europeia, NAFTA, Mercosul, tem como preocupação central a formação de uma “soberania conjunta ou partilhada”, que subtrai ao Estado “sua centralidade tradicional enquanto unidade privilegiada de iniciativa econômica, social e política.” Ambos, no entanto, deixam de referir que as novas demandas – como as de preservação do ambiente, o combate do terrorismo, o tráfico de pessoas –, inequivocamente relacionadas com Direitos Humanos, podem hoje ser mais facilmente tratadas por Organizações Internacionais, ou por organismos políticos que atuem em espaços transnacionais.

uma escala de altitude vital distinta da do velho continente, há antecedentes históricos que os aproximam, os doze Estados sul-americanos criaram, por Tratado, a União das Nações Sul-Americanas – UNASUL, entidade plurinacional que reúne objetivos mais amplos do que os dos anteriores Tratados da região.

Vários fatores, alguns deles legados pelos colonizadores, no entanto, têm infirmado as tentativas integracionistas na América do Sul. Desde já um passado recente de disputas, que vão da Guerra da Cisplatina, do primeiro quartel do século XIX, à Questão do Acre, envolvendo a Bolívia, passando pela Questão de Palmas, litígio sobre fronteiras entre Brasil e Argentina e a Questão do Amapá, também em razão de dissídio sobre limites, com a Guiana Francesa. Além do mais, esses Estados passaram por longos períodos de regime forte, de modo que sua democracia é jovem e não alcançou pleno amadurecimento. A força econômica é desigual, assim como o desenvolvimento da indústria e do comércio. Lenz Cesar acrescenta:

*Fatores como o patrimonialismo, latifúndio, ausência de distribuição de riquezas, inexperiência com governos democráticos mais apropriados para a região, importação de valores sócio-jurídicos adequados (sic), dificuldade de uma integração econômica Latino Americana, ou de uma economia que trouxesse benefícios a todos, e a presença de um militarismo persistente, comprovaram não apenas os problemas internos de se romper com as elites políticas e econômicas que impediam a ampliação de benefícios democráticos, como também demonstravam uma dependência maior dos países latino-americanos a uma ordem democrática mais globalizada, que precisava ser modificada para atender aos interesses e valores locais.*<sup>794</sup>

Diante de outros experimentos de integração regional, a UNASUL emerge, no entanto, consciente dos fatores adversos, assentando seu quadro principiológico e de objetivos numa nova ordem de preocupações: as assimetrias econômicas, sociais, educacionais, de desenvolvimento, de saúde, claramente perceptíveis na realidade dos Estados Sul-americanos; os desafios

---

<sup>794</sup> CESAR, Raquel Coelho Lenz. A UNASUL e o processo de integração latino-americano. In CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; MORAES, Germana de Oliveira, CESAR, Raquel Coelho Lenz; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. **A constituição jurídica da UNASUL**. Florianópolis: UFSC/FUNJAB, 2011, p. 17.

impostos pela Globalização econômica e de mercado; os entraves às políticas sociais decorrentes do neoliberalismo; o desequilíbrio ambiental e a necessidade de criarem-se meios para o desenvolvimento sustentável; todas, em suma, tangenciando, ou mesmo incrustadas, na ampla esfera dos Direitos Humanos. Esta Organização Internacional é, assim, direcionada ao tratamento de questões afetas aos Direitos Humanos, podendo ser adicionada aos outros mecanismos jusinternacionais da América. Por isso, a questão de interesse que ora se nos apresenta, está relacionada com o desenvolvimento de um quadro metodológico em que se possam traçar as linhas diretivas iniciais de política jurídica para os Direitos Humanos no âmbito da UNASUL. Antes, contudo, é necessário averiguar-se no que o novo organismo está historicamente arrimado, perscrutando-se as experiências de integração regional.

### 7.1.1 A integração comercial

O processo de integração sul-americano vem se desenvolvendo desde 1960 quando, apesar dos regimes antidemocráticos, ocorreram aproximações diplomáticas entre os Estados da região, visando a implantação de uma área de livre comércio, orientada pela Associação Latino-Americana de Livre Comércio, criada pelo Tratado de Montevidéu<sup>795</sup>. Os Estados signatários do Tratado, Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguai, Peru, Uruguai, grupo mais tarde ampliado com o ingresso da Colômbia, Equador, Venezuela e Bolívia, pactuaram a constituição de uma zona de livre-comércio no prazo de 12 anos<sup>796</sup>. Vivia-se, no entanto, uma onda de nacionalismo que se disseminava entre os povos americanos que, se não favorecia um ambiente amistoso, criava dificuldades nas relações políticas entre os Estados<sup>797</sup>. Uma tal circunstância levou,

<sup>795</sup> AMORIM, Celso. **Discurso no Conselho Mexicano de Assuntos Internacionais** (28.11.2007). Disponível em: < <http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/discursos-artigos-entrevistas-e-outras-comunicacoes/ministro-estado-relacoes-exterores/943269273701-discurso-do-ministro-das-relacoes-exterores/?searchterm=alalc>>. Acesso em: 31.10.2012.

<sup>796</sup> ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; DOMINGUES, Leyza Ferreira; RIBEIRO, Elisa de Souza. A adesão da Venezuela ao Mercosul. O manifesto da expansão integracionista. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 45, n. 177, jan.-mar. 2008, p. 8

<sup>797</sup> CESAR, Raquel Coelho Lenz. A UNASUL e o processo de integração latino-americano. *In*

certamente, o projeto de integração à estagnação, não tendo sido cumprido o compromisso inicial. A ALALC chegou ao fim quando se firmou, no Tratado de Montevideu, de 12 de agosto de 1980, a criação de outro organismo, a Associação Latino-Americana de Desenvolvimento – ALADI.

A Associação, que reúne não apenas Estados sul-americanos – Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Paraguai, Peru, Uruguai, Venezuela –, mas, também, México e Cuba, persegue, dentre seus objetivos, a criação de um mercado comum latino-americano. Para tanto, prevê a possibilidade de celebração de acordos de alcance regional (entre todos os Estados-membros) e acordos de alcance parcial (entre apenas alguns deles), que versem sobre questões de integração econômica e comercial<sup>798</sup>. Iniciaram-se, neste sentido, aproximações entre o Brasil e a Argentina, que tratavam de cooperação para o aperfeiçoamento do uso da energia atômica; mais tarde, passando para as pretensões de intercâmbio nas áreas de transporte, ciência e tecnologia<sup>799</sup>. Em 29 de novembro de 1988, Brasil e Argentina assinaram, em Buenos Aires, sob “o abrigo do sistema jurídico da ALADI”, o Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento, que previa a formação de um espaço econômico comum entre os Estados, tendo como etapa necessária a eliminação de obstáculos tarifários num prazo de dez anos<sup>800</sup>. Foi dentro dessa sistemática pactuada que se estabeleceu um acordo de complementação econômica entre Argentina, Paraguai, Uruguai e Brasil, que está na base de formação do Mercado Comum do Sul – Mercosul –, criado pelo Tratado de Assunção, de 1991.<sup>801</sup>

A América do Sul, que havia iniciado o processo de

---

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; MORAES, Germana de Oliveira, CESAR, Raquel Coelho Lenz; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. **A constituição jurídica da UNASUL**. Florianópolis: UFSC/FUNJAB, 2011, p. 20.

<sup>798</sup> **ALADI**. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/aladi/print-nota>>. Acesso em: 31.10.2012.

<sup>799</sup> ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; DOMINGUES, Leyza Ferreira; RIBEIRO, Elisa de Souza. A adesão da Venezuela ao Mercosul. O manifesto da expansão integracionista. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 45, n. 177, jan.-mar. 2008, p. 9.

<sup>800</sup> ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; DOMINGUES, Leyza Ferreira; RIBEIRO, Elisa de Souza. A adesão da Venezuela ao Mercosul. O manifesto da expansão integracionista. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 45, n. 177, jan.-mar. 2008, p. 9.

<sup>801</sup> Em 2006 a Venezuela passava a ser o mais novo integrante do MERCOSUL.

redemocratização em meados da década de 80, apresentava vários contrastes: de um lado, a economia dos Estados sul-americanos era emperrada pelo setor produtivo obsoleto e por políticas econômicas que priorizavam o controle estatal, por outro, divisava-se em seu horizonte a rápida modernização do mercado internacional, emulado pela onda da Globalização. As condições adversas, portanto, impunham a necessidade de formar-se um bloco para a proteção de suas economias<sup>802</sup>, eliminando as barreiras comerciais ao mesmo tempo em que se deveria criar um mercado comum. Estes objetivos, no entanto, não poderiam ser alcançados sem a institucionalização de mecanismos que preparassem o desenvolvimento material e social da região sul.

Assim, no outro documento constitutivo do Mercosul, o Protocolo de Ouro Preto, de dezembro de 1994, definiu-se a configuração institucional dessa Organização Internacional<sup>803</sup>, que compreende órgãos decisórios de caráter intergovernamental, o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio do Mercosul<sup>804</sup>, para além da Comissão Parlamentar Conjunta, do Foro Consultivo Econômico-Social e da Secretaria Administrativa do Mercosul.

A integração regional por meio do estabelecimento do mercado comum não rivaliza com outras matérias que podem ser moldadas politico-juridicamente pelos órgãos decisórios. Há, aliás, diversos interesses que cabem na esfera de competência do Conselho do Mercado Comum, que pode “formular políticas e promover as ações necessárias à conformação do mercado comum”<sup>805</sup>, assim como os Chefes de Estado podem, de forma declarativa, dar início a projetos concernentes à integração. Claro que aos poucos os objetivos

---

<sup>802</sup> FERRAZ, Fernando Basto. A integração sul-americana é possível? In CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; MORAES, Germana de Oliveira, CESAR, Raquel Coelho Lenz; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. **A constituição jurídica da UNASUL**. Florianópolis: UFSC/FUNJAB, 2011, p. 95.

<sup>803</sup> O art. 34 desse Protocolo, dispõe que o Mercosul “terá personalidade jurídica de Direito Internacional.” **Protocolo de Ouro Preto**. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/protocolo-de-ouro-preto-1/>>. Acesso em: 1.11.2012.

<sup>804</sup> Art. 2º. **Protocolo de Ouro Preto**. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/protocolo-de-ouro-preto-1/>>. Acesso em: 1.11.2012.

<sup>805</sup> Art. 8. **Protocolo de Ouro Preto**. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/protocolo-de-ouro-preto-1/>>. Acesso em: 1.11.2012.

principais dessa Organização Internacional conotarão com matérias transversais, mas que poderão entrar na esfera de interesses comuns na medida em que houver maior integração dos Estados-membros. A aprovação do Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul, em 8 de dezembro de 2005, pelo Conselho do Mercado Comum, evidenciou a intenção de fortalecer a representação democrática dos povos da região do Mercosul, para além de suscitar a formulação de um quadro no qual se pode dar tratamento político-jurídico a questões afetas à democracia, como é o caso dos Direitos Humanos<sup>806</sup>. Além do mais, os próprios Chefes de Estado estão autorizados a instigar projetos integracionistas, como se percebe, *v.g.*, pelo teor da Declaração Sociolaboral do Mercosul, de 10 de dezembro de 1998, na qual se ratificam vários dos princípios de Direitos Humanos dos trabalhadores, como o da não discriminação, o da igualdade e o da eliminação do trabalho forçado.

Mas há de se ter em consideração as dificuldades de concretizações político-jurídicas. Primeiro porque, como nota Ferraz, as decisões dos órgãos do Mercosul relacionadas com a integração regional obedecem aos critérios do consentimento e de aprovação dos Estados-membros<sup>807</sup>. Como organização de Direito Internacional, o Mercosul baseia-se no princípio da reciprocidade de direitos e obrigações entre os Estados-membros<sup>808</sup>, que reivindica a adesão, a inocorrência de denúncia e de ressalvas aos Tratados. Depois porque, em conformidade com essa metódica, a vinculação dos Estados-membros às regras pactuadas dependerá de sua recepção no direito interno, enquanto que a efetivação reclamará um aparato de controle político-jurídico. Mesmo que com o

---

<sup>806</sup> O Parlamento do Mercosul tem, entre seus propósitos, representar os povos do Mercosul, promover e defender a democracia, a liberdade e a paz, promover o desenvolvimento sustentável, com respeito à justiça social e à diversidade cultural (art. 2) e, entre suas competências, destacam-se a de velar pela preservação do regime democrático e elaborar relatórios sobre a situação dos Direitos Humanos (art. 4). **Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul**. Disponível em: <<http://www.mercosul.org.br/tratados-e-protocolos/>>. Acesso em: 1.11.2012.

<sup>807</sup> FERRAZ, Fernando Basto. A integração sul-americana é possível? In CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; MORAES, Germana de Oliveira, CESAR, Raquel Coelho Lenz; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. **A constituição jurídica da UNASUL**. Florianópolis: UFSC/FUNJAB, 2011, p. 99. As regras, portanto, devem ser consentidas e aprovadas pelos Estados.

<sup>808</sup> Art. 2º. **Tratado de Assunção**. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/tratado-de-assuncao-1>>. Acesso em: 01.11.2012.



Protocolo de Olivos, de 18 de fevereiro de 2002, se tenha dado um importante passo em termos institucionais, com a criação do Tribunal Permanente de Revisão, sua atuação para a dissolução de controvérsias entre Estados-membros acerca de interpretação, aplicação ou não cumprimento dos Tratados constitutivos, limita-se ao processo arbitral<sup>809</sup>.

### 7.1.2 A UNASUL como nova forma de integração regional

O Mercosul, como se vê, foi constituído, precipuamente, como organismo estratégico para o debate intergovernamental dos Estados-membros sobre o estabelecimento do comércio comum sul-americano, objetivável por meio de políticas que possibilitem a livre circulação de bens e serviços, e a definição de tarifa externa comum, dentre outros mecanismos de regulamentação de mercado. Mas apesar da necessidade de harmonizar-se progressivamente a legislação dos Estados-membros, como, *v.g.*, a trabalhista, que toca a grande área temática da entidade, não se tem chegado a um consenso<sup>810</sup>. Em parte por se não ter uma consolidada integração dos Estados<sup>811</sup>, que é dificultada não só pelo aspecto pluricultural, mas pelas nítidas assimetrias de ordem econômico-social. Os Acordos de Complementação Econômica, a propósito, não têm diminuído o fosso que separa, *v.g.*, o Brasil do Paraguai. Os princípios jusinternacionais que regem essa

<sup>809</sup> **Protocolo de Olivos.** Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/protocolo-de-olivos-1>>. Acesso em: 01.11.2012. **Protocolo Modificativo do Protocolo de Olivos.** Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/protocolo-modificativo-ao-protocolo-de-olivos-1>>. Acesso em: 01.11.2012.

<sup>810</sup> FERRAZ, Fernando Basto. A integração sul-americana é possível? In CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; MORAES, Germana de Oliveira, CESAR, Raquel Coelho Lenz; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. **A constituição jurídica da UNASUL.** Florianópolis: UFSC/FUNJAB, 2011, p. 101-108, faz uma abrangente análise sobre as diferenças da legislação trabalhista dos Estados-membros, inclusive destacando a falta de uma boa regulamentação da matéria no Uruguai, deixando entredito haver profundas assimetrias entre os direitos dos trabalhadores.

<sup>811</sup> CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CADEMARTORI, Sergio Urquhart. Da cidadania constitucional à cidadania sul-americana. In CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; MORAES, Germana de Oliveira, CESAR, Raquel Coelho Lenz; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. **A constituição jurídica da UNASUL.** Florianópolis: UFSC/FUNJAB, 2011, p. 85, fazem uma análise bem mais ácida a respeito da política de integração pelo Mercosul, afirmando que a Organização Internacional “acabou por não aprofundar a integração regional” e sequer “a União Aduaneira, prevista originariamente para 1994, concretizou-se, apesar de sua área de abrangência ter se ampliado com a adesão de novos membros tais como o Chile, Bolívia, Peru e Venezuela.”

Organização Internacional, também não facilitam o atingimento dos objetivos, já que as regras jurídicas por ela proclamadas só passam a valer após sua incorporação ao direito nacional de cada Estado-membro, sujeitando-se, portanto, à *praxis* político-jurídica determinada pelo princípio da Soberania nacional. Mesmo que o Mercosul tenha avançado sobre questões problemáticas que só de maneira mediata tangenciam a esfera do mercado comum, como as relacionadas aos Direitos Humanos dos trabalhadores, por intermédio da Declaração Sociolaboral do Mercosul, faltam mecanismos aptos ao controle das violações por parte dos Estados-membros. Neste aspecto, o Tribunal Permanente de Revisão tem competência limitada, subsidiária a outras formas de solução de conflitos e, na condição de *ultima ratio*, atuará como órgão arbitral. O Parlamento do Mercosul, por sua vez, é mais um órgão consultivo e de representação dos legislativos dos Estados-membros, do que organismo de poder político supranacional com poderes decisórios<sup>812</sup>. A criação da UNASUL, portanto, antes de representar um puro acréscimo institucional, a exemplo de outros intentos integracionistas da região, poderá incorporar a função impulsionadora de interesses mais abrangentes que o de formação de um mercado comum, para além envolver todos os Estados sul-americanos.

Em verdade, desde as Declarações de Cusco, de 8 de dezembro de 2004, e de Cochabamba, de 9 de dezembro de 2006, já se vinha planejando a estruturação de um novo organismo para a integração dos Estados sul-americanos. A guinada de orientação ideológico-política na região que se opera desde fins do século passado, com o surgimento de governos assumidamente socialistas (ou, como alguns pretendem, bolivarianos), somados a Estados de feição constitucional nitidamente socialdemocrata, como o Brasil<sup>813</sup>, favoreceu o

---

<sup>812</sup> Além do mais, apesar de prevista sua instalação para 31 de dezembro de 2006, o Parlamento passa pela “segunda etapa de transição”, que se encerra em 31 de dezembro de 2014, quando “todos os Parlamentares deverão ter sido eleitos” (art. 24. **Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul**. Disponível em: <<http://www.mercosul.org.br/tratados-e-protocolos/>>. Acesso em: 1.11.2012).

<sup>813</sup> Em idêntico sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 62, que afirma: “Apesar da ausência de norma expressa no direito constitucional pátrio qualificando a nossa República como um Estado Social e Democrático de

erguimento de um bloco que se destaca pela crítica à onda de Globalização, ao mesmo tempo em que, como referem Daniela e Sergio Cademartori, pretende contrapor-se ao eixo econômico da América do Norte, das potências asiáticas e “aos novos organismos transnacionais que surgem, em especial a União Europeia”; sendo que para levar avante esse mister, a nova Organização Internacional não descurou, desde seu momento incipiente, da uniformização de princípios fundamentais de direito e da criação de entidades jurídicas, econômicas e culturais<sup>814</sup>. Por outras palavras, o guião ideológico da UNASUL abrange o intento de fazer frente às dificuldades de implementação de políticas econômicas e sociais, que vêm sendo opostas pela Globalização dos meios de produção e do mercado, ditadas pelas hegemonias do hemisfério Norte.

Mas é em 23 de maio de 2008, em Brasília, que se obtém a assinatura de doze Estados do continente, Argentina, Brasil, Uruguai, Paraguai, Bolívia, Colômbia, Equador, Peru, Chile, Guiana, Suriname e Venezuela, para a criação da UNASUL, no documento que se denominou Tratado Constitutivo da UNASUL, o qual entra em vigor em 11 de março de 2011. Desde logo se percebe a adesão da quase totalidade dos Estados do subcontinente, ultrapassando, portanto, em termos quantitativos, os projetos de associação de Estados andinos – a Comunidade Andina de Nações – e do Mercosul. Essa convergência maciça, no entanto, também evidencia a transposição, no plano dos entendimentos políticos, da diversidade cultural presente na região em proveito de uma nova engenharia político-jurídica sobre matérias de extensão transnacional.

Com efeito, a nova entidade sul-americana, ao contrário do que sustenta Ferraz<sup>815</sup>, não apenas visa estabelecer a integração econômica entre

---

Direito (o art. 1º, *caput*, refere apenas os termos democrático e Direito), não restam dúvidas – e nisto parece haver um amplo consenso na doutrina – de que nem por isso o princípio fundamental do Estado social deixou de encontrar guarida em nossa Constituição.”

<sup>814</sup> CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CADEMARTORI, Sergio Urquhart. Da cidadania constitucional à cidadania sul-americana. In CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; MORAES, Germana de Oliveira, CESAR, Raquel Coelho Lenz; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. **A constituição jurídica da UNASUL**. Florianópolis: UFSC/FUNJAB, 2011, p. 84-85.

<sup>815</sup> FERRAZ, Fernando Basto. A integração sul-americana é possível? In CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; MORAES, Germana de Oliveira, CESAR, Raquel Coelho Lenz;

os Estados-membros do Mercosul e da Comunidade Andina, mas fundamenta linhas gerais para uma política jurídica que, em seus objetivos, tem potencial força para harmonizar o progresso social dos povos da região e efetivar um rol de Direitos Humanos. Uma vez iniciada, de forma mais expressiva, a integração econômica pelo Mercosul, que passou a conviver com a comunidade dos países andinos, restava encetar um projeto de maior envergadura para a região, que incluísse “a integração e a união no âmbito cultural, social, econômico e político entre seus povos”<sup>816</sup>. Portanto, os objetivos dessa Organização Internacional<sup>817</sup>, abarcam estratégias para a integração econômica, mas, também, de outros aspectos estruturadores das sociedades nacionais, deixando implícita a intenção de superarem-se as assimetrias regionais.

Ao incluir entre seus objetivos interesses dos povos sul-americanos, essa Organização Internacional potencializa o debate não só intergovernamental – como o que se prescreve no quadro programático do Mercosul –, mas dos Estados. Significa dizer que as linhas político-jurídicas a serem traçadas no âmbito da União poderão antes corresponder às vicissitudes e pretensões das nações do que às decisões conjunturais de um determinado momento político dos Estados-membros; o que também leva a reconhecer, mormente devido à existência de mecanismos de controle da ordem democrática, a possibilidade de estar-se diante de um projeto que se pretende imune às instabilidades políticas, como as que assolaram a região em outros tempos.

As planificações correspondentes aos objetivos gerais, priorizarão o diálogo político, as políticas sociais, a educação, a energia, a infraestrutura, o financiamento e o meio ambiente, deixando-se entredita a possibilidade de acrescentarem-se outras finalidades. Ou seja, o art. 2º do Tratado

---

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. **A constituição jurídica da UNASUL**. Florianópolis: UFSC/FUNJAB, 2011, p. 118.

<sup>816</sup> Art. 2º. **Tratado Constitutivo da UNASUL**. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/unasul>>. Acesso em: 13.11.2012.

<sup>817</sup> O art. 1º do Tratado dispõe que a entidade será uma Organização com personalidade jurídica internacional. **Tratado Constitutivo da UNASUL**. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/unasul>>. Acesso em: 13.11.2012.

Constitutivo configura uma cláusula aberta, que faculta o estabelecimento de novas diretivas político-jurídicas a qualquer instante, desde que tenham em vista a eliminação da desigualdade socioeconômica, a inclusão social e a participação cidadã, o fortalecimento da democracia e a redução de assimetrias.

As diferenças entre os Estados, nesta área da América de características tão heterogêneas, são evidentes e a impressão imediata que se tem é a de que a integração e a união estão longe de serem concretizadas, ao menos nos âmbitos cultural e econômico. O enunciado do art. 2º parece, à primeira análise, exagerar retoricamente ao fixar sua base teleológica, mas logo se verá que os objetivos escolhidos estão firmemente assentados numa realidade que não pode ser negada. As disparidades dos índices sociais são notórias, afetando diretamente a efetivação dos Direitos Humanos, o que as torna um argumento legítimo de reivindicação de criação de esforços conjuntos para sua mitigação, os quais comporão uma etapa fundamental para, em momento superveniente, lançarem-se outras metas no sentido de obter-se o progresso material dos Estados-membros.

No entanto, são igualmente preocupantes os desníveis de índices de democratização entre os Estados-membros, que iniludivelmente se refletirão sobre a política jurídica dos Direitos Humanos. Os relatórios da organização Human Rights Watch sobre a Venezuela, *v.g.*, apontam para o enfraquecimento democrático daquele Estado sob o comando de Hugo Chávez, destacando, a propósito, os precários meios de controle judicial das ações governamentais, as dificuldades para o exercício da livre expressão (inclusive com o impedimento de transmissão da programação da combativa RCTV, em 2007 e adoção de sanções administrativas contra a Globovisión, outro meio de comunicação que dirige críticas ao regime chavista), de associação de trabalhadores; observa-se que o governo silencia sobre operações repreensíveis ética e legalmente; a concentração de poderes no executivo, que abrange um

sistema de controle da Suprema Corte venezuelana<sup>818</sup>, tem causado, segundo o observatório, uma erosão nos meios de trato dos Direitos Humanos. Numa palavra, a falta de solidez das instituições da Venezuela, que aqui se refere como caso paradigmático, compromete, ao nível interno, a otimização dos Direitos Humanos, e no âmbito da União, constitui-se entrave para a harmonização das políticas jurídicas de progresso social e econômico a eles relacionadas.

#### 7.1.2.1 Organização institucional e mecanismos de controle

A UNASUL é integrada por três Conselhos, o de Chefes de Estado e de Governo, o de Ministros das Relações Exteriores, o de Delegados, e por uma Secretaria-Geral (art. 4, do Tratado Constitutivo), sendo possível a criação de “Reuniões Ministeriais, Conselhos de nível Ministerial, Grupos de Trabalho e outras instâncias institucionais” quando forem necessárias, para atividades de “natureza permanente ou temporária, para dar cumprimento aos mandados e recomendações dos órgãos competentes” (art. 5). Não há, como se vê, uma organização institucional definitiva, abrindo-se a UNASUL para o desenvolvimento do aparato burocrático quando novas demandas lhe forem apresentadas. Mas nesta fase, que se pode dizer ainda incipiente, destacam-se dois organismos com força decisória e executória.

O Conselho de Chefes de Estado e de Governo, para além de convocar os demais Conselhos e Reuniões Ministeriais, estabelece diretrizes políticas, planos de ação, programas e projetos de integração (art. 6); enquanto que o Conselho de Ministros das Relações Exteriores adotará Resoluções de implementação das decisões emanadas do outro colegiado, podendo, ainda, propor projetos, coordenar “posicionamentos em temas centrais de integração”,

---

<sup>818</sup> Um dos exemplos apontados pelo relatório refere-se à influência do Presidente venezuelano sobre a Suprema Corte, especialmente a partir de 2010, quando se deu início a processo criminal contra a juíza María Lourdes Afiuni, por ter concedido liberdade provisória a um crítico do governo, o qual suportou prisão cautelar por três anos. A juíza permaneceu presa por mais de um ano, até 2011, quando, após críticas de organismos de Direitos Humanos, foi colocada em prisão domiciliar. **Human Rights Watch**. Venezuela: concentration and abuse of power under Chávez. Disponível em: <<http://www.hrw.org/news/2012/07/17/venezuela-concentration-and-abuse-power-under-ch-vez>>. Acesso em: 14.11.2012.

promover o diálogo político entre os Estados-membros, dentre outras atividades (art. 8). Percebe-se que a organização dos Estados, a este nível, não difere, em termos substanciais, do Mercosul, restando a impressão de que sua atividade se atrela às decisões dos governos. No entanto, os riscos de o organismo ficar preso ao decisionismo do concerto intergovernamental, podem ser abreviados pelas hipóteses de representação democrática e pela participação cidadã, previstas no Tratado Constitutivo.

A UNASUL tem como fio condutor o fortalecimento da democracia entre os Estados da região, o que se enfeixa, de maneira reflexa, com vários dos objetivos descritos no art. 3, do Tratado Constitutivo, como é o caso da pretensão de “participação cidadã, por meio de mecanismos de interação e diálogo entre a UNASUL e os diversos atores sociais na formulação de políticas de integração sul-americana.” Ou seja, deposita-se nessa Organização Internacional a pedra angular para a revisão do conceito de cidadania, que se despega dos limites do Estado-nação, propendendo para uma configuração conforme à ideia de transnacionalidade<sup>819</sup>, o que vem especificado pelo disposto no art. 18, do Tratado Constitutivo, prevendo-se o compromisso de os Estados-membros criarem espaços dentro dos quais se possibilite a discussão de temas e a apresentação de propostas por meio da participação cidadã, em relação às quais deve haver consideração e resposta da Organização. O aperfeiçoamento democrático passa, também, pela formação do Parlamento da UNASUL, ainda pendente de previsão em Protocolo Adicional (art. 17).

Mas mesmo que não formada a representação dos legislativos, a Organização Internacional avança sobre a meta de fortalecer a democracia. A ordem democrática como forma de consubstanciar o exercício do

---

<sup>819</sup> É o que se constata quando se inclui entre os objetivos da UNASUL “a cooperação em matéria de migração, com enfoque integral e baseada no respeito irrestrito aos Direitos Humanos e trabalhistas para a regularização migratória e a harmonização de políticas” (letra K, do art. 3), e, ainda, “a consolidação de uma identidade sul-americana através do reconhecimento progressivo de direitos a nacionais de um Estado Membro residentes em qualquer outro Estado Membro, com o objetivo de alcançar uma cidadania sul-americana” (letra i, do art. 3), o que está em conformidade com o fenômeno da desterritorialização das oportunidades de trabalho (consequente da Globalização econômica) e com a ocorrência de novos fluxos migratórios.

poder político, torna-se *conditio sine qua non* para a participação dos Estados nos fóruns da entidade, a qual dispõe de procedimento para seu controle. O Protocolo Adicional ao Tratado Constitutivo (de 26.11.2010), reivindicando o compromisso dos Estados-membros com a democracia, com a forma de Estado constitucional e com a legitimidade no exercício do poder, dá prerrogativas aos Conselhos dos Chefes de Estado e de Governo e dos Ministros das Relações Exteriores, para deliberarem sobre as situações de exceção, podendo agir de ofício, ou por provocação do Estado afetado ou de outro Estado-membro. O colegiado poderá adotar uma ou mais medidas que se veem descritas no art. 4, do Protocolo Adicional, inclusive a suspensão do direito de participar nos órgãos e instâncias da UNASUL; o fechamento das fronteiras terrestres, podendo acrescerem-se a suspensão do comércio, transporte aéreo e marítimo, comunicações, fornecimento de energia, serviços e abastecimento. Uma das intervenções de relevo na área de controle da ordem democrática, foi motivada pela cassação de Fernando Lugo da presidência do Paraguai. O processo de impeachment, que tramitou celeremente, em apenas dois dias, em junho de 2012, foi inquinado de golpismo, por ter facultado escassas oportunidades para a defesa daquele chefe de Estado. O Conselho de Chefes de Estado e de Governo reuniu-se extraordinariamente em 29 de junho na cidade de Mendoza, deliberando suspender aquele Estado-membro do direito a participar dos órgãos e instâncias da União, dar por findo o exercício da Presidência *pro tempore* da UNASUL pelo Paraguai, suspender o Estado dos foros e mecanismos de diálogo e concertação política e integração da região<sup>820</sup>.

O mecanismo de controle mencionado, que ao fim e ao cabo se destina à preservação do Estado democrático de direito, apresenta qualidades reflexas, mas convergentes com os propósitos da associação de Estados. Ao intervir em situações configuradoras de exceção constitucional, ou de ruptura da ordem democrática, impondo quer censuras diplomáticas, quer suspensão de

---

<sup>820</sup> **Decisión n.º 26/2012. Reunión Extraordinaria del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno de UNASUR.** Disponível em: [http://www.unasursg.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=704:decision-no262012-reunion-extraordinaria-del-consejo-de-jefas-y-jefes-de-estado-y-de-gobierno-de-unasur&catid=66:noticias-unasur](http://www.unasursg.org/index.php?option=com_content&view=article&id=704:decision-no262012-reunion-extraordinaria-del-consejo-de-jefas-y-jefes-de-estado-y-de-gobierno-de-unasur&catid=66:noticias-unasur)>. Acesso em: 19.11.2012.



direitos e de relações comerciais ou de serviços ao Estado-membro afetado, a UNASUL exercerá potencial força de influenciar outros Estados que apresentem déficit de desenvolvimento democrático. O aperfeiçoamento das instituições neste sentido, também otimiza, como já anteriormente referido, a efetivação e respeito aos Direitos Humanos. Aliás, a imbricação de democracia e Direitos Humanos não é desconhecida dos propósitos da Organização Internacional, tendo a Decisão n.º 26/2012, no caso Fernando Lugo, salientado que “el Tratado Constitutivo de UNASUR establece que la plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto irrestricto a los derechos humanos son condiciones esenciales para la construcción de un futuro común de paz y prosperidad, económica y social y el desarrollo de los procesos de integración entre los Estados miembros.”<sup>821</sup>

A intervenção de controle, assim como a implementação de políticas relacionadas aos objetivos da entidade, sofrem, no entanto, refreamento imposto pelo recurso a um mecanismo do Direito Internacional clássico: as atividades da UNASUL, incluindo as deliberações obtidas pelo consenso dos Estados-membros, não elidem ou transpõem o princípio da Soberania nacional, que acaba por tornar-se critério fundamental para a não adesão a certas medidas de harmonização.

O art. 13, do Tratado Constitutivo, com efeito, admite que qualquer dos Estados-membros se exima “de aplicar total ou parcialmente uma política aprovada, seja por tempo definido ou indefinido.” Ou seja, a UNASUL não prevê a hipótese de vinculação de seus membros aos programas políticos nem, consequentemente, ao regramento destinado a planificar seus objetivos no âmbito prático político-jurídico. O que implica reconhecer a inserção da cláusula *rebus sic stantibus* no funcionamento político-jurídico da associação dos Estados; também, já numa outra perspectiva, a dificuldade para lograr-se o mínimo de harmonização de expedientes aptos a intervirem na efetivação dos Direitos Humanos.

---

<sup>821</sup> **Decisión n.º 26/2012. Reunión Extraordinaria del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno de UNASUR.** Disponível em: [http://www.unasursg.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=704:decision-no262012-reunion-extraordinaria-del-consejo-de-jefas-y-jefes-de-estado-y-de-gobierno-de-unasur&catid=66:noticias-unasur](http://www.unasursg.org/index.php?option=com_content&view=article&id=704:decision-no262012-reunion-extraordinaria-del-consejo-de-jefas-y-jefes-de-estado-y-de-gobierno-de-unasur&catid=66:noticias-unasur)>. Acesso em: 19.11.2012.

É de registrar-se, a esse propósito, que em outubro de 2012, quando atravessava o processo eleitoral para a eleição de seu Presidente, a Venezuela formalizou o pedido para desligar-se da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>822</sup>, o que significa dizer, *ipso facto*, que o Estado sul-americano passou a não aceitar a competência destes órgãos da Organização dos Estados Americanos. A situação caracteriza um nítido retrocesso em relação ao movimento mundial de convergência às Organizações Internacionais responsáveis pela implementação e controle dos Direitos Humanos, para além de patentear um déficit político-jurídico nessa temática na esfera interna daquele Estado, enquanto que, no âmbito associativo, vê-se o enfraquecimento de uma das linhas ideológicas que estruturam a União. Contudo, percebe-se a falta de instrumentos jurídicos aptos à UNASUL para uma intervenção efetiva, no sentido de minorar os danos que se veem iminentes.

---

<sup>822</sup> **Chávez confirma que pediu saída da Venezuela de órgão de Direitos Humanos da OEA.** Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/print/11181>>. Acesso em: 20.11.2012. Também em **Human Rights Watch**. Venezuela: concentration and abuse of power under Chávez. Disponível em: <<http://www.hrw.org/news/2012/07/17/venezuela-concentration-and-abuse-power-under-ch-vez>>. Acesso em: 14.11.2012.

## CONCLUSÕES

Ao chegar-se ao fim das investigações sobre a transição de paradigmas político-jurídicos na modernidade tardia, tendo-se como propósito principal a análise da problemática referida à implementação e respeito aos Direitos Humanos e, como contribuição, a apresentação de hipótese de mitigação das dificuldade através da harmonização político-jurídica no âmbito de associação de Estados, centrando-se mais especificamente na circunstância vivida na América do Sul, pela participação da UNASUL para o trato da questão, cabe, presentemente, realizar algumas reflexões e proposições que, alerte-se, antes de serem entendidas como definitivas, são, em verdade, neste espaço coerentemente dirigido pelo senso de humildade científica, apenas o *punctum* inicial para o prosseguimento de outras investigações e críticas a respeito de uma matéria de todo em todo recoberta por espessa e fértil camada de polêmica.

É também de salientar-se que a metódica aqui desenvolvida, que se baseou na construção epistemológica do conceito de Direitos Humanos como direitos históricos, obviamente tributária de importantes aportes doutrinários e filosóficos, como os do filósofo político Bobbio e do jusinternacionalista Cassese, torna-se inconciliável com quaisquer tentativas de ajuste dogmático sobre a matéria, muito menos no campo juspositivista. Mas se além ao desenvolvimento de um amplo quadro político jurídico, naquela acepção sempre repetida nas lições de Ferreira de Melo, para quem a função epistemológica dessa matéria tem, segundo uma das vertentes características, de realizar-se “na crítica ao direito vigente, cujos princípios, normas e enunciados devem ser cotejados com critérios racionais de Justiça, Utilidade e Legitimidade”<sup>823</sup>, traçando-se, dessa forma, um painel onde se torna clara a identificação de aspectos metodológicos suficientes para as outras necessárias etapas político-jurídicas, nas quais se incluem as estruturas do direito positivado e das instituições que o concretizam.

As vias epistemológicas percorridas, numa primeira etapa, a historiologia, e, no momento seguinte, a historiografia dos Direitos Humanos,

---

<sup>823</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris/CPGD-UFSC, 1994.

corporificada num experimento introdutório que parte de sua ideia seminal localizável na definição de liberdade, são francamente inconciliáveis com os objetivos político-jurídicos fixados nas achegas positivistas, sem que isso, no entanto, tenha a força de invalidar certas proposições aptas a uma engenharia funcional e pragmática para a matéria. Explique-se.

Os Direitos Humanos podem, inegavelmente, ser compreendidos segundo uma *razão histórica*, que se interpõe no curso dos fatos que caracterizam os momentos de transição entre os paradigmas em esgotamento e os que surgem como nova força genetriz. Mas, como é sabido, os fatos que impulsionam a marcha histórica, por um lado, não obedecem a um plano pré-estabelecido. Em vez de serem previstos ou planejados numa linha consequencial lógica, irrompem-se, mesmo que previsivelmente, no Mundo sociocultural de forma errática, como se constata nas revoluções que deram origem ao constitucionalismo em Europa e nos Estados Unidos. Por outro lado, a superveniência de fatos com essa capacidade motriz irá apoiar-se, imprescindivelmente, em duas dimensões, no tempo e no espaço. Ou seja, a quebra de paradigmas em razão da insurgência das forças que pretendem mudanças, não ocorre de uma só vez, como um gigantesco *tsunami* que varresse o passado, deixando, em seu lugar, tudo por fazer *ex nihilo*, ou por reconstruir sobre os escombros: os novos modelos sobrepõem-se parcialmente aos antigos, como se houvesse um transpasse durante o período de transição que, por óbvio, ocorre de forma e em tempos próprios. As liberdades insertas numa ideia de *rule of law*, surgiram originariamente entre os ingleses, mas de maneira distinta do que mais tarde se viu na Europa continental; passou-se muito tempo, aliás, até que se desse um outro passo, que inaugurou o constitucionalismo e a positivação dos direitos de liberdade; e a sucessão de um colapso mundial, para que se exigisse a formação de uma Comunidade Internacional, fundada nos pressupostos de paz, segurança mundial e respeito aos Direitos Humanos. De qualquer forma, a noção de humanidade, de dignidade do ser humano e de suas prerrogativas, seguirão uma linha para a civilização ocidental; outra para asiáticos e mais outra, ainda, para africanos, todas descritas, no entanto, em largos espectros de variegados matizes, o que reforçará as concepções de relativismo cultural. Assim, a consciência dos Direitos Humanos não pode ser considerada universal, nem indecifrável na atemporalidade.

Os códigos axiológicos gravitam, portanto, em órbitas

histórico-culturais as quais, da mesma forma que estruturas moleculares, podem entrar em colisão, resultando na sensação de estranhamento e na fragmentação dos conceitos de hominidade, até chegar-se a seu atomismo irreduzível. As noções divergem segundo o contexto cultural pelo qual se as analisa, e fatos que para os ocidentais configuram violações da insígnia de ser-se humano, podem parecer normais e até valiosos para outras civilizações e culturas. O coletivismo e o sentimento de pertença ao grupo presentes entre os africanos, *v.g.*, contrastam com o individualismo ocidental, que deságua nos direitos de liberdade, os de primeira geração. Mas são estes, efetivamente, que se tornaram o pilar engendrador de tudo o mais que sobreveio e que se propalou como Direitos Humanos da universalidade. Não por outro motivo, estudiosos alinhados às posições do relativismo cultural acusam o Ocidente de entronar-se hegemonicamente, impondo sua visão de Direitos Humanos. Contudo, o sistema histórico no qual se acumulam experiências, alcança, na modernidade tardia, por diversas causas, como a Globalização e os avanços tecnológicos, os pontos mais distantes da humanidade, rompendo o invólucro dos contextos culturais, que se tornam permeáveis e coniventes com o comércio de experiências; assim, não se nega a possibilidade de a zona consensual em torno dos Direitos Humanos ampliar-se paulatinamente, de maneira que as ideias de liberdade, *v.g.*, não sejam tão discrepantes quanto o foram noutras circunstâncias histórico-sociais.

Essas constatações refletir-se-ão, dentro do programa epistemológico dos Direitos Humanos aqui desenvolvido, na admissão da categoria Geração de Direitos, que partirá do *lógos* orteguiano. Esta concepção não se confunde com a ideia, equivocadamente repetida por alguns, de sucessão de direitos, como se uma nova onda (de direitos) simplesmente se sobrepusesse à antiga, porque cada Geração, caracterizada pelo alcance de determinada *altitude vital*, é resultante de tudo o vivenciado e experimentado. Por outras palavras, as Gerações (de Direitos) inscrevem-se dentro do sistema histórico, de maneira que a mais atual pressupõe as anteriores, a elas agregando-se. Exatamente por isso, pode dizer-se, juntamente com Sarlet, que há uma certa permanência e uniformidade na caracterização de Direitos que transpassam as Gerações, como exemplificativamente se pode referir em relação aos direitos à liberdade física, à vida e de pensamento, que permanecem “tão atuais como no século XVIII”<sup>824</sup>,

---

<sup>824</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 53. Mais adiante, p. 55, o constitucionalista admite um “processo

embora a elevação da *altitude vital*, materializada por muitas formas que estão aquém do plano metafísico, como os avanços tecnológicos, possa, no processo de formação de uma Geração, intervir na ampliação de definição desses Direitos.

Em consequência, será lícito afirmar que, mesmo havendo sintonia entre o presente momento e as Gerações de Direitos mais recentes, inclusive pelo fato de representarem especificações de interesses aflorados ao longo do sistema histórico, as liberdades clássicas categorizadas como de primeira Geração continuam a ter inteira aplicabilidade, dando sustentáculo, ao fim e ao cabo, ao étimo fundante dos Direitos Humanos, que é a pessoa como ser individualizável. Esta realidade deve-se, por um lado, ao seu alto grau de abstração e generalidade, que permitem ajustes político-jurídicos de acomodação dentro do *universum* de direitos. Por outro lado, pelo fato de que, no fundo, os direitos categorizados como sociais, coletivos ou difusos, acabam, por repercutir, em última instância, na proteção de interesses individuais<sup>825</sup>. Diante desta inarredável constatação, pode afirmar-se que o progresso político-jurídico na área dos Direitos Humanos não se opera apenas pelo reconhecimento e positivação de novos direitos (ou pelo processo de especificação, ou pela derivação de interesses emergentes do quadro histórico), mas, também, pela consagração principiológica dos direitos de liberdade – os de primeira Geração –, que se mostram irrenunciáveis.

A perda de vigor no debate entre universalistas e relativistas culturais puros<sup>826</sup>, tendo como contrapartida a crescente onda de estudiosos que podem ser denominados de consensualistas, como Donnelly e Ignatieff, apenas para citar dois dos mais conhecidos, arrima-se principalmente no fato de os direitos de liberdade de primeira Geração serem mais facilmente assimiláveis, assumindo uma natureza irreduzível, mesmo que diante de contrastes culturais. Mas para se chegar à zona de consenso, é necessário considerar-se o amplo espectro

---

<sup>825</sup> qualitativamente cumulativo e aberto” das dimensões (aqui denominadas Gerações de Direitos). SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 53, refere: “nada obstante a já relevada dimensão coletiva e difusa de parte dos novos direitos da terceira (e da quarta?) dimensão, resta, de regra, preservado seu cunho individual. Objeto último, em todos os casos referidos, é sempre a proteção da vida, da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, o que pode ser bem exemplificado pelo direito ao meio ambiente.”

<sup>826</sup> Assim denominados os que defendem intransigentemente a atemporalidade e a universalidade dos Direitos Humanos, por um lado, e a impermeabilidade dos contextos culturais em relação a valores ocidentais, por outro.

hermenêutico possível para os Direitos Humanos, que servirá para fixar critérios para as concretizações jusumanistas. Quer-se com isso dizer que alguns princípios de Direitos Humanos transpõem a diversidade cultural, demonstrando que, embora haja pluralidade de concepções, se preserva o mínimo essencial que os caracteriza.

Claro que o entendimento desse quadro categorial deve ser operado em consonância com o sistema histórico em o qual está adstrito. O que importa em assinalar, como desdobramento deste raciocínio, que a (co)ligação das culturas através dos princípios de Direitos Humanos é antes um processo dinâmico do que um fato apreensível como pura ocorrência, preso, por isso, num momento estático do curso histórico. Pode dizer-se, de outra maneira, que as zonas de consenso tendem a crescer em razão das aproximações e entrecortes transculturais, como hoje se constata, *v.g.*, pela exigência de mais liberdades entre povos árabes, em manifestações populares não discrepantes do que em tempos mais remotos se observou entre os ocidentais. Assiste-se na modernidade tardia, a propósito, o encurtamento de distâncias e até mesmo a supressão de algumas fronteiras culturais por meio do fenômeno da intercomunicatividade, favorecido, inclusive, pelos meios tecnológicos. Os valores culturais trafegam por todos os sentidos, podendo dizer-se com Popper, desse modo, não mais haver contextos hermeticamente fechados. O diálogo político-jurídico deixa, por vezes, de ser puramente principiológico, para instalar-se no campo do pragmatismo discursivo, quando o consenso sobreponível alcança objetivos político-jurídicos isentos de aspectos das doutrinas compreensivas (morais, políticas, filosóficas).

O consenso por sobreposições explicado por Rawls, é viável para concretizações da Justiça como equidade nas sociedades democráticas intrinsecamente pluralistas, onde se verificam solidez de instituições e crença nas liberdades civis e garantias correspondentes, formando um conjunto ideológico que se sobrepõe à diversidade moral, religiosa e filosófica. Mas o modelo rawlsiniano, segundo o que aqui se imagina, pode ultrapassar as fronteiras da sociedade nacional para aplicar-se à política jurídica dos Direitos Humanos, num âmbito, portanto, que transcende o jurídico-constitucionalmente posto no Estado, para instalar-se no plano internacional. A formação de uma Comunidade Internacional, com instituições legitimadas e supranacionais, baseada nos pressupostos de paz, segurança e respeito aos Direitos Humanos, congregando uma pluralidade de civilizações e culturas, e tendo objetivos mundialmente aceitos, os quais são

estabelecidos como mediatrizes para a dissolução de tensões, é prova irretorquível disso, mesmo que se observe que os mecanismos político-jurídicos até agora engendrados esbarrem em dificuldades de implementação do consenso.

As críticas feitas às Organizações Internacionais, destacando a deficiência de mecanismos para o trato dos Direitos Humanos, colocam em evidência a presença de traços característicos do modelo clássico do sistema internacional de concerto de Estados. A História delas, como no caso da ONU, é, aliás, escrita e protagonizada pelas potências que atuaram com maior relevo na Segunda Guerra Mundial, havendo, em consequência, a concentração de poderes pelos membros permanentes do órgão decisório em detrimento da participação democrática da comunidade de Estados, o que, como observa Zolo, repete o sistema da Santa Aliança. A esta metódica agrega-se a recepção do modelo vestefaliano de Estado, de acordo com o qual a entidade política é recoberta pela garantia de não intervenção decorrente do princípio da Soberania nacional. Esta estrutura impõe, na prática, barreiras à consecução de políticas jurídicas que tratem das novas demandas, surgidas na modernidade tardia, a reclamarem medidas concretizáveis em espaços maiores do que os criados pela regra da reciprocidade, entre Estados aderentes de Tratados, mas que devem ser objeto de convergência multilateral.

A difusão do modelo vestefaliano para além das fronteiras europeias, mormente no período de descolonização e de criação de novos Estados sob inspiração do princípio da autodeterminação dos povos, no entanto, provocou a eclosão de realidades contrastantes com a que se imaginara para a Comunidade Internacional. Por mais que seus membros tenham formalmente aderido à Carta das Nações Unidas e à Declaração Universal dos Direitos Humanos, a pluralidade de mundividências e as vicissitudes determinadas inquestionavelmente pelo ethos cultural, impuseram (e continuam a impor) dificuldades à implementação harmoniosa de políticas jurídicas baseadas nos ideais consagrados naqueles documentos internacionais. Por outras palavras, a formação da Comunidade Internacional em Organizações, expôs tensões entre a pretensão de Mundialização dos Direitos Humanos e o relativismo cultural, que não são facilmente abrandadas pelos mecanismos político-jurídicos concebidos ainda na primeira metade do século passado.

Mas a vizinhança cultural, ideológica e histórica entre Estados de um bloco geográfico, é circunstância que possibilita o melhor equacionamento



das diferenças. É por isso que o funcionamento dos sistemas regionais de Direitos Humanos tem tido melhor fortuna que o do sistema da Carta das Nações Unidas. O passado de ex-colônias e a localização marginal de grande parte dos Estados do continente americano, *v.g.*, favoreceram as reivindicações de emancipação social, e o maior apego à política jurídica de positivação de direitos sociais na confecção da Declaração Universal e da Convenção Americana de Direitos Humanos; já a Europa, com arraigadas tradições nos campos da política e da economia liberais e do constitucionalismo, instituía seu sistema com a preocupação fundamental de superar as atrocidades da Segunda Guerra Mundial. Observa-se, no entanto, um ponto de contato entre estes sistemas regionais, que se situa em seu objetivo político jurídico, que será a proteção dos Direitos Humanos, obviada através de instrumentos de controle dos Estados-membros e por Tribunais com competências declaratória e consultiva. Contudo, os sistemas não deixam de ser presididos pelos princípios matrizes jusinternacionais, que se assentam sobre as bases da Soberania nacional, de modo que a atuação de seus organismos apresenta perdas de efetividade.

Ao formar Comunidades destinadas à recuperação da produção e da economia, que numa etapa superveniente será amalgamada no respeito à tradição constitucional e aos Direitos Humanos, a Europa cria um sistema de associação de Estados que supera muitos dos entraves do sistema jusinternacional, especialmente quando se constitui em União. Em realidade, esta associação, que se não confunde com os modelos de confederação e de federação, vai adequar político-juridicamente os Estados-membros a padrões comuns de jusfundamentalidade, empenhando-se no estabelecimento do nível mais elevado para a proteção dos Direitos Humanos. A novidade, aqui, será a adoção de claras linhas de política jurídica pautadas pelo respeito aos Direitos Humanos e à sua otimização no plano comunitário, erigindo-se como condição essencial para a própria permanência do Estado-membro na entidade.

Esse modelo orgânico de coletividade de Estados, caracterizado pela pluralidade de centros decisórios, antes de concorrer com o sistema regional de Direito Internacional dos Direitos Humanos, regula as relações entre a União e os Estados-membros, dispondo de mecanismos para a harmonização de políticas jurídicas. Mais que isto, a União, que admite no seu corpo jusfundamental a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e adota uma Carta de Direitos Fundamentais, notabiliza-se pela possibilidade de alcançar, no

plano prático-jurídico, um nível mais elevado de sua proteção; e, ainda, ao criar um espaço comum em que intervêm os representantes dos Estados-membros, facilita o trato de direitos que podem ser categorizados como transfronteiriços e transnacionais, na medida em que sua satisfação já não se cumprirá com exclusividade dentro do território do Estado-nação<sup>827</sup>, mas abrangerá uma ampla geografia para a qual convergem os interessados de variadas nacionalidades.

O modelo de associação de Estados tem também sido experimentado no continente americano, inclusive no sul, onde desde os anos 60 se procuram derrubar fronteiras comerciais e alfandegárias, com o intuito de formar-se um bloco econômico. A UNASUL, a mais nova das Organizações Internacionais do continente, formada pela adesão maciça dos Estados sul-americanos, tem em sua índole o propósito de mitigar os efeitos da Globalização econômica e enfrentar outros blocos econômicos, pela integração econômica regional. Mas não só. A intercomunicatividade das nações sulinas em torno de políticas sociais, saúde, segurança social, educação, meio ambiente, dentre outros objetivos convergentes com o propósito de redução das assimetrias regionais, lográveis pela participação cidadã e pelo fortalecimento democrático, demonstra sua vocação para o trato político-jurídico dos Direitos Humanos. Por outras palavras, a UNASUL é, nesta fase ainda inicial de sua estruturação institucional, ideologicamente amoldável a qualquer projeto de política jurídica destinada à proteção dos Direitos Humanos, senão vejamos:

a) Em primeiro lugar, deve destacar-se que o Tratado Constitutivo dessa Organização Internacional declara expressamente sua pretensão de fortalecer a democracia entre as nações sul-americanas. Isto resulta, como se pode inferir, da consciência generalizada entre os Estados-membros acerca de um passado recente adverso ao ambiente democrático, e da aceitação da ideia de que há necessidade de melhorarem-se as instituições. Há, portanto, um convencimento compartilhado de que o aperfeiçoamento desse regime de exercício do poder político se impõe como fundamento de integração regional. Ou, de outra forma, estabelece-se o primado da democracia como regra de promoção de

---

<sup>827</sup> Esta noção dos novos direitos é explicada, por GARCIA, Marcos Leite. Novos direitos fundamentais, transnacionalidade e UNASUL: desafios para o século XXI. In CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; MORAES, Germana de Oliveira; CESAR, Raquel Coelho Lenz; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. **A construção jurídica da UNASUL**. Florianópolis: UFSC/FUNJAB, 2011, p. 149, acrescida pelo entendimento de que pertencem à Geração dos direitos etiológicamente identificados com o valor solidariedade.

progresso humano e de redução de assimetrias, que se incluem entre os objetivos institucionais da associação de Estados. A pronta deliberação do Conselho de Chefes de Estado e de Governo sobre o impeachment do presidente Lugo, do Paraguai, coloca em destaque, a propósito, os liames existentes entre democracia e Direitos Humanos, de forma que a UNASUL não se exime das planificações e implementação desses direitos.

A organização institucional da UNASUL, não inteiramente concluída, permite que se transponham as relações intergovernamentais – situação observada no Mercosul –, para atingir-se o nível de relacionamento entre nações, por meio da “participação cidadã”. Isto deve operar-se, paulatinamente, por meio da modificação do conceito jurídico de cidadania, que deixa de estar exclusivamente atrelado ao Estado-nação, passando, de forma consentânea com a realidade da modernidade tardia (em que se observam os encurtamentos das distâncias culturais e o intenso tráfego migratório), a abrir-se para espaços maiores, que podem ser denominados transnacionais. A evolução da consciência dos povos em torno da integração – à semelhança do que ocorreu na União Europeia onde cada cidadão se acha pertencente à sua nação, ao Estado de origem, mas, também, à Europa –, pode vir a resultar no seu interesse na melhoria da região, o que convocará sua participação nas decisões a serem tomadas no âmbito da UNASUL. Contribuem para isso os objetivos relacionados com o progresso social da América do Sul, dentro de um quadro adequado à terceira Geração de Direitos, sendo, neste sentido, precisas as palavras de Daniela e Sergio Cademartori, para quem a cidadania deverá “ser vista como ultrapassando a mera agregação de interesses individuais pré-políticos ou de um gozo passivo de direitos concedidos paternalisticamente.”<sup>828</sup> Também converge, finalmente, para o fortalecimento democrático da região, a formação de um Parlamento da UNASUL, no qual os povos se farão representados de forma equitativa.

b) Em segundo lugar, o Tratado Constitutivo já incluiu um rol de objetivos que se identificam com os Direitos Humanos categorizados como da segunda e terceira Gerações. Assim, ao pretenderem o desenvolvimento social e humano, com vistas à erradicação da pobreza (art. 3º, b), a erradicação do analfabetismo, instituindo-se “uma educação de qualidade” na região; (art. 3º, c); a

---

<sup>828</sup> CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CADEMARTORI, Sergio Urquhart. Da cidadania constitucional à cidadania sul-americana. In CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; MORAES, Germana de Oliveira; CESAR, Raquel Coelho Lenz; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. A construção jurídica da UNASUL. Florianópolis: UFSC/FUNJAB, 2011, p. 80.

criação de mecanismos para a superação das assimetrias (art. 3º, h); o “acesso universal à seguridade social e aos serviços de saúde” (art. 3º, j), os Estados-membros da UNASUL vinculam-se a uma política jurídica de implementação de Direitos Humanos. Não se trata, frise-se, apenas de desenvolvimento material dos povos do sul, mas de direitos que concernem à esfera de liberdades positivas.

c) Em terceiro lugar, também se depreende dos objetivos da UNASUL a proteção da biodiversidade, dos recursos hídricos e dos ecossistemas (art. 3º, g), que ao fim e ao cabo configuram o direito a um ambiente sadio. Este direito decorre daquilo que Canotilho denomina de “moral ambiental antropocêntrica”<sup>829</sup>, podendo nele ver-se embutido um dever de preservação que constitui um imperativo relacionado à própria existência do homem. A certeza de que os danos ao ambiente não se limitam ao território de um Estado, é, no sentido da ideia de *good governance* ambiental<sup>830</sup>, correlata à necessidade de compromisso de todos preservarem-no ou, pelo menos, adotarem o princípio do desenvolvimento sustentável. Assim, mesmo que se mire para o progresso material da região sul, haverá um limite ético, este que se identifica com o princípio da solidariedade, que impede a produção e a exploração de recursos de forma indiscriminada<sup>831</sup>.

Os propósitos consensualmente aprovados pelos Estados-membros da UNASUL, no entanto, contrastam com problemas genésicos de integração regional. Melhor explicando, quer-se com isso dizer que algumas das

<sup>829</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português e da União Europeia. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 2.

<sup>830</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português e da União Europeia. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3.

<sup>831</sup> Ao tratar da internacionalização da proteção ambiental, ARAGÃO, Alexandra. Direito constitucional do ambiente da União Europeia. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 14, relaciona quatro razões para uma abordagem normativa do problema: 1) “a natureza transnacional dos componentes ambientais e dos fenómenos de poluição”, não condiz com soluções em nível meramente estadual; 2) “a liberdade de circulação de mercadorias [...] anularia os efeitos ambientais pretendidos pela legislação ambiental sobre características ambientais dos produtos”; 3) “a liberdade de estabelecimento [de empresas] exige uma harmonização das normas sobre os requisitos ambientais a observar pelas empresas, antes do início da exploração, durante o funcionamento e mesmo após o encerramento.”; 4) “a liberdade de concorrência não seria efectiva se não fossem harmonizadas as principais regras, ambientalmente relevantes, de funcionamento de certos processos produtivos, como é o caso das normas sobre emissões, que fixam os limites máximos de poluição atmosférica proveniente de grandes instalações de combustão”.

deficiências dos Estados sul-americanos que inspiraram a criação de objetivos da associação de Estados, são, *ab initio*, obstáculos à integração, merecendo, por isso, especial atenção no campo político-jurídico. É com base nesses problemas que se passa a expor algumas proposições:

a) A primeira condição para lograrem-se níveis ideais de integração regional e de implementação dos Direitos Humanos, é o aperfeiçoamento democrático, que deverá constituir-se num dos primados da UNASUL. Do ponto de vista da política societária, por um lado, os avanços podem ser perseguidos através da diminuição da fricção existente entre o Poder político e as Liberdades, em cada Estado-membro, o que se refletirá, no plano da União, como elemento catalisador da “participação cidadã”, especialmente para permitir sejam dirigidas petições aos órgãos colegiados<sup>832</sup> e para a escolha livre de um Parlamento. Este incremento democrático, por outro lado, já significará, do ponto de vista dos Direitos Humanos, um indicativo de otimização de respeito a algumas das liberdades civis (política, de expressão, ideológica, *v.g.*). A institucionalização de mecanismos democráticos e a garantia das liberdades individuais, em ambiente livre de doutrinas compreensivas (ideológico-políticas, *v.g.*) permitirão, mesmo numa região culturalmente heterogênea, o estabelecimento de consensos sobreponíveis, que podem ser discursivamente obtidos por meio da escolha do nível mais elevado de jusfundamentalidade.

Situações de puro desrespeito às instituições e aos jogos democráticos, como os referidos mais acima, devem, portanto, impulsionar os mecanismos de controle previstos no Protocolo Adicional, seja por meio de censuras diplomáticas e políticas, seja pela suspensão dos direitos e prerrogativas conveniadas em relação ao Estado-membro que violar o primado.

b) A circunstância em que se deu a criação da UNASUL, incluindo a percepção das dificuldades impostas às políticas sociais pelo movimento do neoliberalismo e pela Globalização econômica, conduz a

---

<sup>832</sup> Prerrogativa esta que se subentende do objetivo descrito no art. 3º, p, do Tratado Constitutivo (“a participação cidadã, por meio de mecanismos de interação e diálogo entre a UNASUL e os diversos atores sociais na formulação de políticas de integração sul-americana”) e da definição encontrada no art. 18, do mesmo documento (“Será promovida a participação plena da cidadania no processo de integração e união sul-americanas, por meio do diálogo e da interação ampla, democrática, transparente, pluralista, diversa e independente com os diversos atores sociais, estabelecendo canais efetivos de informação, consulta e seguimento nas diferentes instâncias da UNASUL”).

Organização Internacional a assumir o papel de antagonista ao *statu quo*. Seja pelo propósito de “resolver os problemas que ainda afetam a região, como a pobreza, a exclusão e a desigualdade persistentes”, num mundo que ainda não se mostra “multipolar, equilibrado e justo”, seja pela revalorização do Estado, através do compromisso de “irrestrito respeito à soberania, integridade e inviolabilidade territorial” (preâmbulo do Tratado Constitutivo). Em coerência com essas linhas ideológicas, os objetivos dispostos em seu ato constitutivo, notoriamente enfeixados no propósito de progresso social, como os que foram anteriormente listados, vocacionam a UNASUL para a implementação e otimização dos direitos sociais, induzindo ao acolhimento do modelo político de Estado provedor para os países da região. O que, em termos gerais, condiz com a última onda de constitucionalismo à qual, *v.g.*, se alinhou a Constituição brasileira.

A falta de uma clara política jurídica relativamente aos outros direitos de liberdade – as liberdades negativas, normalmente identificadas com a primeira Geração de Direitos – causa, no entanto, uma fratura no programa da UNASUL. Isto porque os direitos individuais (ou liberdades negativas) são complementários, vindo a possibilitar o gozo das prestações estatais que se encontram na esfera da liberdade positiva. O que significa dizer que os direitos das novas Gerações não prescindem daqueles da primeira, mas são antes um resultado do sistema histórico-político-jurídico. Explicando de maneira exemplificativa, pode dizer-se que num Estado de cariz autocrático, onde vige uma doutrina compreensiva política, estando, pois, ideológico-politicamente instrumentalizado e funcionalizado, de tal forma que haja fortes tensões entre Poder político e Liberdades dos indivíduos, as hipóteses de fruição dos serviços estatais ficam restringidas. O que inapelavelmente compromete a cláusula de “acesso universal” incluída em alguns dos objetivos programáticos. Se se confirmar a denúncia feita por Venezuela na OEA, deixando este Estado de reconhecer a competência da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a UNASUL estará diante de um caso concreto em que um de seus membros não se sujeitará ao controle jusinternacional, nem mesmo se comprometerá na implementação e melhoria desses direitos.

A segunda condição essencial para uma política jurídica dos Direitos Humanos será, portanto, a adoção de uma carta de direitos para a região e a recepção da Convenção Americana, que já concederá um lastro de legitimidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos e resultará, consequentemente, na

ampliação dos objetivos da UNASUL.

c) Para aproximar-se dos níveis ideais de implementação e respeito aos Direitos Humanos, a UNASUL deve experimentar a realização do consenso – material, substantivo. O que significa ultrapassar a antinomia presente em algumas das cláusulas inaugurais de sua constituição.

O quadro programático onde se divisam os objetivos a serem concretizados como forma de integração harmoniosa da região – o que vale dizer, para obter-se uma um elevado padrão de desenvolvimento social e humano na América do Sul –, depende das decisões de consenso. Fala-se, por isso, de uma “concertação política” como “fator de harmonia e respeito mútuo que afiance a estabilidade regional e sustente a preservação dos valores democráticos e a promoção dos Direitos Humanos” (art. 14). O estabelecimento de diretrizes políticas, planos de ação, programas e projetos integracionistas e a decisão de prioridades, são de competência do Conselho de Chefes de Estado e de Governo (art. 6), que atua, obviamente, por meio de consenso. A adoção de Resoluções para a implementação das Decisões do Conselho referido, é de competência do Conselho de Ministros das Relações Exteriores (art. 8) que, como pode supor-se, delibera por consenso. A implementação das Decisões do Conselho de Chefes de Estado e de Governo e das Resoluções do Conselho de Ministros, cabe a outro colegiado, o Conselho de Delegados (art. 9). O que permite concluir que os jogos políticos ocorrem em ambiente democrático e sempre pelo mecanismo do consenso. Contudo, o art. 13 contém uma cláusula substantivamente restritiva dos intentos de integração, facultando a “Qualquer Estado-membro [...] eximir-se de aplicar total ou parcialmente uma política aprovada”.

A zona de consenso e de compromisso de adesão aos programas político-jurídicos fica, como se observa, presa ao aspecto meramente formal, o que inviabiliza a realização de quadros práticos. Assim, a terceira proposição é no sentido de substantivar as decisões de consenso num equacionamento adequável da Soberania nacional aos objetivos da UNASUL, tornando-as (transnacionalmente) vinculativas.

d) Apesar de seus objetivos, em termos gerais, não discreparem dos de outras associações de Estados, como a União Europeia, a UNASUL é, ainda, uma jovem Organização Internacional, que carece de um eixo central institucionalmente forte, que lhe garanta realizações práticas e coerentes. O

Tratado Constitutivo e o Protocolo Adicional instrumentalizam-na em termos ideológicos para a consecução do aperfeiçoamento democrático na América do Sul. Mas as deliberações pactuadas ao nível intergovernamental empecem o exercício idealmente democrático. Por isso, a última proposição que aqui se faz, vai no sentido da agregação de instituições democráticas, fundamentalmente pela instrumentalização da iniciativa popular e pela formação do Parlamento da UNASUL.



## REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 4. ed. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Título original: **Dizionario di filosofia**.

ACOSTA-LÓPEZ, Juana Inés; DUQUE-VALLEJO, Ana Maria. Declaración Universal de Derechos Humanos, ¿norma de *ius cogens*? **Revista Colombiana de Derecho Internacional**. Bogotá, n.º 12, p. 13-34. Edición Especial, 2008.

AGOSTINHO, Santo. **A cidade de Deus**. V. I. 2. ed. Tradução, prefácio, nota biográfica e transcrições de J. Dias Pereira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. Título original: **De civitate Dei**.

AGOSTINHO, Santo. **A cidade de Deus**. Vol. III. 2. ed. Tradução, prefácio, nota biográfica e transcrições de J. Dias Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. Título original: **De Civitate Dei**.

AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. Tradução de Maria Luiza Jardim Amarante. São Paulo: Paulus, 1997. Título original: **Confessiones**.

AGOSTINHO, Santo. **Diálogo sobre a felicidade**. Edição bilíngue. Tradução de Mário Santiago de Carvalho. Lisboa: Edições 70, s/d. Título original: **De beata viva**.

AHRNE, Göran; BRUNSSON, Nils. Organizing the world. In DJELIC, Marie-Laure; SAHLIN-ANDERSSON, Kerstin. **Transnational governance**. Institutional dynamics of regulation. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2008, p. 74-94.

ALADI. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/aladi/print-nota>>. Acesso em: 31.10.2012.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução para o espanhol de Ernesto Garzón Valdés. 1. reimpressão. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Título original: **Theorie der Grundrecht**.

ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. **Direito internacional público**. Parte I. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

AMARAL, Diogo Freitas do. **História da ideias políticas**. V. I. Coimbra: Almedina, 1998.

AMORIM, Celso. **Discurso no Conselho Mexicano de Assuntos Internacionais** (28.11.2007). Disponível em: < <http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/discursos-artigos-entrevistas-e-outras-comunicacoes/ministro->

estado-relacoes-exteriores/943269273701-discurso-do-ministro-das-relacoes-exteriores/?searchterm=alalc>. Acesso em: 31.10.201.

APEL, Karl-Otto. **La globalización y una ética de la responsabilidad**: reflexiones acerca de la globalización. Tradução ao espanhol de Ricardo Maliandi. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2007.

APEL, Karl-Otto. La pragmática trascendental y los problemas éticos norte-sur. *In* DUSSEL, Enrique; APEL, Karl-Otto. **Ética del discurso y Ética de la liberación**. Madri: Editorial Trotta, 2005.

ARAGÃO, Alexandra. Direito constitucional do ambiente da União Europeia. *In* CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11-55.

ARENDT, Hanna. **Entre o passado e o futuro**. 7. ed. Tradução de Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2011. Título original: **Between past and future**.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira (da tradução francesa). São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: **La politique**.

ARON, Raymond. **Introducción a la filosofía política**. Democracia y revolución. Tradução de Radamés Molina e Rolando Sánchez-Mejías. Barcelona: Paidós, 1999. Título original: **Introduction à la philosophie politique**. Démocratie et révolution.

AZEVEDO, Luiz Carlos. **Introdução à história do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

**Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited**. Judgment, I.C.J, Reports 1970.

BARTHES, Roland. **Mitologias**. 2. ed. Tradução de Rita Buoggermino, Pedro de Souza e Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Difel, 2006. Título original: **Mythologies**.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. Algumas reflexões sobre os direitos humanos e suas gerações. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, RT 908, ano 100, junho de 2011, p. 173-199.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**. As consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 78-79. Título original: **Globalization**: the human consequences.

BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à Globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Título original: **Was ist globalisierung?** Irrtümer des globalismus: Antworten auf

globalisierung.

BECK, Ulrich. **Sociedad del riesgo**. En busca de la seguridad perdida. Tradução para o espanhol de Rosa S. Carbó. Barcelona: Paidós Ibérica, 2008, *maxime* 219 e ss. Título original: **Weltrisikogesellschaft**.

BELKIN, Samuel. **A filosofia do Talmud**. O caráter sagrado da vida humana na teocracia democrática judaica. Tradução de Beatriz Telles Rudge e Derval Junqueira de Aquino Neto. São Paulo: Êxodus/Sêfer, 2003. Título original: **In His image: the jewish philosophy of man as expressed in rabbinic tradition**.

BERLIN, Isaiah. **Cuatro ensayos sobre la libertad**. Tradução ao espanhol de Belén Urrutia, Julio Bayón, Natalia Rodríguez Salmones. Madri: Alianza Editorial, 1998, p. 215-280. Título original: **Four essays on liberty**.

**Bíblia hebraica**. Versão de David Gorodovits e Jairo Fridlin (baseada no hebraico e à luz do Talmud e das fontes judaicas). São Paulo: Sêfer, 2006.

BOBBIO, Norberto. **L'età dei diritti**. 12. ed. Torino: Einaudi, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**. A filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000. Título original: **Teoria generale della politica**.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOOTH, Ken. Three tyrannies. *In* DUNNE, Tim; WHEELER, J. Nicholas. **Human rights in global politics**. UK: Cambridge University Press, 1999, p. 31-70.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín. Ensayo de una teoría general sustantiva de los Derechos Fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. *In* GARCÍA ROCA, Javier; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A. **Integración europea a través de derechos fundamentales**: de un sistema binario a otro integrado. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 113-145.

BRITO, Wladimir. **Direito internacional público**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

BRONZE, José Fernando. **Analogias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

BROWN, Peter. **Santo Agostinho**: uma biografia. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2005. Título original: **Augustine of Hippo**.

BUBER, Martin. **Sobre comunidade**. Tradução de Newton Aquiles von Zuben.

São Paulo: Perspectiva, 2008.

BURCKHARDT, Jacob. **A cultura do renascimento na Itália**: um ensaio. Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Título original: **Die Kultur der Renaissance in Italien**: ein Versuch.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CADEMARTORI, Sergio Urquhart. Da cidadania constitucional à cidadania sul-americana. In CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; MORAES, Germana de Oliveira, CESAR, Raquel Coelho Lenz; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. **A constituição jurídica da UNASUL**. Florianópolis: UFSC/FUNJAB, 2011, p. 63-92.

CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. Tomo I. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CANFORA, Luciano. **Livro e liberdade**. Tradução de Antonio de Padua Danesi. Rio de Janeiro: Casa da Palavra; São Paulo: Ateliê Editorial, 2003. Título original: **Libro e libertà**.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brancos” e interconstitucionalidade**. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português e da União Europeia. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1-11.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de direito e internormatividade. In SILVEIRA, Alessandra. (org.). **Direito da União Europeia e transnacionalidade**. Lisboa: Quid Iuris, 2010, p. 171-185.

CANTO, Patricio. **El caso Ortega y Gasset**. Buenos Aires: Ediciones Leviatán, s/d.

CAPLAN, Lee M. State immunity, human rights, and *jus cogens*: a critique of the normative hierarchy theory. **The American Journal of International Law**. Vol.97, p. 741-781, 2003.

**Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/cartonu.htm>>. Acesso em: 21.04.12.

**Carta da Organização dos Estados Americanos**. Disponível em: <[www.oas.org/dil/esp/tratados\\_A-41\\_Carta\\_de\\_la\\_Organizacion\\_de\\_los\\_Estados\\_Americanos.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos.pdf)>. Acesso em: 16.10.2012.

**Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.** Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)>. Acesso em: 26.10.2012.

**Caso Relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y Contra Nicaragua.** Nicaragua contra los Estados Unidos de América. Disponível em <[www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum\\_1948-1991.pdf](http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf)>. Acesso em: 10.09.2012.

**Caso Relativo al Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teheran.** Fallo de la Corte Internacional de Justicia, 24 de mayo de 1980. Disponível em: <[http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum\\_1948-1991.pdf](http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf)>. Acesso em: 13.08.12.

**Caso Maria da Penha vs. Brasil.** Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 15.10.2012.

**Caso Ximenes Lopes vs. Brasil.** Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 15.10.2012.

CASSESE, Antonio. **I diritti umani nel mondo contemporaneo.** Milão: Laterza, 2003.

CASSIRER, Ernst. **Antropología filosófica:** introducción a una filosofía de la cultura. 24. reimp. Tradução para o espanhol de Eugenio Ímaz. México: Fondo de Cultura Económica, 2007. Título original: **Essay of man.**

CASTELLS, Manuel. **Fim de milênio.** 4. ed. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2007. Título original: **End of millennium.**

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade.** Tradução de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2010. Título original: **The power of identity.**

CASTILHO, José Roberto Fernandes. Os direitos humanos e suas gerações. São Paulo: **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, n.º 35, p. 173-181, jun. 91.

CAYGILL, Howard. **Dicionário Kant.** Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. Título original: **A Kant dictionary.**

CENNI, Enrico. **Della libertà considerata in sè stessa, in relazione al diritto, alla storia, allá società moderna, e al progresso dell'umanità.** Napoli: R. Tipografia Francesco Giannini & Figli, 1891.

CESAR, Raquel Coelho Lenz. A UNASUL e o processo de integração latino-

americano. In CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; MORAES, Germana de Oliveira, CESAR, Raquel Coelho Lenz; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. **A constituição jurídica da UNASUL**. Florianópolis: UFSC/FUNJAB, 2011.

CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

CHAUVIRÉ, Christiane. **Wittgenstein**. Trad. de Maria Luiza X. de A Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.

**Chávez confirma que pediu saída da Venezuela de órgão de Direitos Humanos da OEA**. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/print/11181>>. Acesso em: 20.11.2012.

CHEVALIER, Jean-Jacques. **Las grandes obras políticas desde Maquiavelo hasta nuestros días**. Tradução para o espanhol de Jorge Guerrero R. Bogotá: Temis, 1997. Título original: **Les grandes œuvres politiques**.

CHOMSKY, Noam. **Powers and prospects**. Reflections on human nature and social order. Londres: Pluto Press, 1996.

CHOMSKY, Noam. **Estados canallas**: el imperio de la fuerza en los asuntos mundiales. Tradução ao espanhol de Mônica Salomon. Barcelona: Paidós, 2002.

CHOMSKY, Noam. «Recuperación de los derechos»: uno camino sinuoso. In GIBNEY Matthew J. **La globalización de los derechos humanos**. Tradução ao espanhol de Helena Recassens Pons. Madri: Editorial Crítica, 2003, p. 52-86. Título original: **Globalizing rights**.

CÍCERO, Marco Túlio. **Da república**. 5. ed. Tradução de Amador Cisneiros. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d. Título original: **De republica**.

CÍCERO, Marco Túlio. **Dos deveres**. Tradução, introdução, notas, índice e glossário de Carlos Humberto Gomes. Lisboa: Edições 70, 2000. Título original: **De officiis**.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

**Conferência Internacional sobre Direitos Humanos**. Proclamação de Teerã (1968) item n.º 2. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Confer%C3%A2ncias-de-C%C3%BApula-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas-sobre-Direitos-Humanos/proclamacao-de-teera.html>>. Acesso em: 14.08.12.

**Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de Viena (1993).** Declaração e Programa de Acção de Viena. Disponível em: <[http://direitoshumanos.gddc.pt/3\\_1/IIIPAG3\\_1\\_9.htm](http://direitoshumanos.gddc.pt/3_1/IIIPAG3_1_9.htm)>. Acesso em: 14.08.12.

**Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José.** Disponível em: <[http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)>. Acesso em: 12.10.2012.

**Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.** Promulgada pelo Decreto n.º 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-010/2009/Decreto/D7030.htm)>. Acesso em: 10.08.12.

**Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.** Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>>. Acesso em: 14.08.12.

**Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.** Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/005.htm>>. Acesso em: 21.10.2012.

CORREIA, Eduardo. **Direito criminal.** Tomo I. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann.** Tradução para o espanhol de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México, DF: Universidad Iberoamericana/Iteso/Anthropos, 1996. Título original: **Luhmann in glossario. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali.**

**Corte Africana dos Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://www.achpr.org/instruments/women-protocol/ratification/>>. Acesso em: 11.10.2012.

COSTA, Joaquín. **A ignorância do direito.** Tradução notas e apresentação de Isaac Sabbá Guimarães. Curitiba: Juruá, 2088. Título origina: **La ignorancia Del Derecho.**

COSTA, Joaquín. **La ignorancia del Derecho.** Y sus reclaciones con el status individual, el referendum y la costumbre. Barcelona: Manuel Soler, 1901.

COSTA, José de Faria. **Direito penal e globalização.** Reflexões não locais e pouco globais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de direito romano**. 13. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

CROCE, Benedetto. **La historia como hazaña de la libertad**. 2. reimp. Tradução de Enrique Díez Canedo. México (D.F.): Fondo de Cultura Económica, 1979. Título original: **La storia come pensiero e come azione**.

CRUZ, Paulo Márcio, BODNAR, Zenildo. O clima como necessidade de governança transnacional: reflexões após Copenhague 2009. In SILVEIRA, Alessandra (org.). **Direito da União Europeia e transnacionalidade**. Lisboa: *Quid Iuris?*, 2010, p. 371-385.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade**. Democracia, direito e Estado no século XXI. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. Curitiba: Juruá, 2002.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia & Estado contemporâneo**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Curitiba: Juruá, 2002.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Pouso Alegre, v. 26, n. 1, jan./jun. 2010, p. 159-176.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **O ponto de Arquimedes**. Natureza humana, direito natural, direitos humanos. Coimbra: Almedina, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

**Decisión n.º 26/2012. Reunión Extraordinaria del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno de UNASUR**. Disponível em: [http://www.unasursg.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=704:decision-no262012-reunion-extraordinaria-del-consejo-de-jefas-y-jefes-de-estado-y-de-gobierno-de-unasur&catid=66:noticias-unasur](http://www.unasursg.org/index.php?option=com_content&view=article&id=704:decision-no262012-reunion-extraordinaria-del-consejo-de-jefas-y-jefes-de-estado-y-de-gobierno-de-unasur&catid=66:noticias-unasur)>. Acesso em: 19.11.2012.

DEFARGES, Philippe Moreau. **A mundialização**. O fim das fronteiras. Tradução de António Moreira Neves. Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p. 15. Título original: **La Mondialisation**.

DJELIC, Marie-Laure; SAHLIN-ANDERSSON, Kerstin. A world of governance: the rise of transnational regulation. In DJELIC, Marie-Laure; SAHLIN-ANDERSSON, Kerstin. **Transnational governance**. Institutional dynamics of regulation. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2008, p. 1-28.



DELACAMPAGNE, Christian. **A filosofia política hoje**: ideias, debates, questões. Tradução de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 39-41. Título original: **La philosophie politique aujourd'hui: idées, débats, enjeux**.

DIAS, Maria Clara. **Os limites da linguagem**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory & practice**. 2.de. Nova Iorque: Cornell University Press, 2002.

DRIVER, Stephanie Schwartz. **A declaração de independência dos Estados Unidos**. Tradução de Mariluce Pessoa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

ECO, Umberto. **A busca da língua perfeita**. 2. ed. Tradução de Antonio Angonese. Bauru: EDUSC, 2002. Título original: **La ricerca della lingua perfetta nella cultura europea**.

ECO, Umberto. **Arte e beleza na estética medieval**. Tradução de Mario Sabino Filho. Rio de Janeiro: Record, 2010. Título original: **Arte e bellezza nell'estetica medievale**.

ECO, Umberto. Interpretação e História. *In*: ECO, Umberto, RORTY, Richard, CULLER, Jonathan, BROOKE-ROSE, Christine. **Interpretação e sobreinterpretação**. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Editorial Presença, 1993, p. 29-44. Título original: **Interpretation and overinterpretation**.

ESCARAMEIA, Paula. **O direito internacional público nos princípios do século XXI**. Coimbra: Almedina, 2009.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

FAGOT-LARGEAULT, Anne. Sobre o que basear filosoficamente um universalismo jurídico? *In* CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Crimes internacionais e jurisdições internacionais**. Tradução de Silvio Antunha. Barueri: Manoel, 2004, p. 93-101.

FALK, Ze'ev W. **O direito talmúdico**. Tradução de Neide Terezinha Moraes Tomei e Esther Handler. São Paulo: Perspectiva, 1988.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 1. ed., 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERNANDES, António Horta. **Entre a História e a vida**. A teoria da História em Ortega y Gasset. S/l.: Edições Cosmos, 2006.

FERNÁNDEZ LIESER, Carlos. Instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos. In PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio; DE ASÍS ROIG, Rafael. **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo II, Vol. III. Madri: Dykinson, 2001, p. 438-467.

FERNÁNDEZ SANCHEZ, Pablo Antonio. Naturaleza jurídica de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. In GARCÍA ROCA, Javier; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A. **Integración europea a través de derechos fundamentales**: de un sistema binario a otro integrado. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 171-197.

FERRAZ, Fernando Basto. A integração sul-americana é possível? In CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; MORAES, Germana de Oliveira, CESAR, Raquel Coelho Lenz; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. **A constituição jurídica da UNASUL**. Florianópolis: UFSC/FUNJAB, 2011.

FIORAVANTI, Maurizio. **Appunti di storia delle costituzioni moderne**. Le libertà fondamentali. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995.

FOUCAULT, Michel. **Arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento**. 2.ed. Organização e seleção de textos de Manoel Barros da Motta; tradução de Elisa Monteiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. Título original: **Dits et écrits**.

FREUD, Sigmund. O mal-estar na civilização. In **O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Título original: **Gesammelte Werke**.

FREUD, Sigmund. Totem e tabu e outros trabalhos. In **Obras psicológicas completas de Sigmund Freud**: edição *standard* brasileira. V. XIII. Tradução (a partir do inglês) de Órizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago, 2006. Traduzido de: **The standard edition of complete psychological works of Sigmund Freud**.

FROMM, Erich. **Fuga dalla libertà**. Tradução ao italiano de Cesare Mannucci. Milão: Mondadori Editore, 2009. Título original: **Escape from freedom**.

FROUFE, Pedro Madeira. *Amicus curiae*: algumas manifestações dos efeitos transnacionais do (novo) regime de aplicação das regras dos arts. 101º e 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. In SILVEIRA, Alessandra (Org.). **Direito da União Europeia e Transnacionalidade**. Lisboa: Quid Iuris, 2010, p. 387-401.

GADAMER, Hans-Georg. **El problema de la conciencia histórica**. 3. ed. Tradução ao espanhol de Agustín Domingo Moratalla. Madri: Editorial Tecnos,

2007. Título original: **Le problème de la conscience historique**.

GANIVET, Ángel. **Idearium español. El porvenir de España**. Madrid: Editorial Espasa Calpe, 1999.

GARCIA, Marcos Leite. “Novos” direitos fundamentais, transnacionalidade e UNASUL: desafios para o século XXI. *In* CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; MORAES, Germana de Oliveira; CESAR, Raquel Coelho Lenz; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. **A construção jurídica da UNASUL**. Florianópolis: Editora UFSC/FUNJAB, 2011, p. 141-183.

GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. *In* CRUZ, Paulo Márcio *et* STELZER, Joana (Orgs.). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 173-200.

GARCIA, Marcos Leite. **O processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais: alguns aspectos destacados da gênese do conceito**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/Marcos%20Leite%20Garcia.pdf>>.

GARCÍA ROCA, Javier. Soberanía estatal *versus* integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional? *In* GARCÍA ROCA, Javier; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A. **Integración europea a través de derechos fundamentales**: de un sistema binario a otro integrado. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 15-53.

**General Comment No. 21**. Office of the High Commissioner for Human Rights. Disponível em: <[www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/3327552b9511fb98c12563ed004cbe59?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/3327552b9511fb98c12563ed004cbe59?Opendocument)>. Acesso em: 13.07.12.

**General Comment No. 29**. Office of the High Commissioner for Human Rights. Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/71eba4be3974b4f7c1256ae200517361/\\$FILE/G0144470.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/71eba4be3974b4f7c1256ae200517361/$FILE/G0144470.pdf)>. Acesso em: 13.08.12.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 8.ed. Tradução de Alexandra Figueiredo, Ana Patrícia Duarte Baltazar, Catarina Lorga da Silva, Patrícia Matos, Vasco Gil. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. Título original: **Sociology**.

GIDDENS, Anthony. **O mundo na era da globalização**. Tradução de Saul Barata. Lisboa: Presença, 2000, p. 19-29. Título original: **Runaway world**.

GIL, Thomas. Le processus empirique de la globalisation et les droits

fundamentaux. *In* PALLARD, Henri; TZITZIS, Stamatios. **La Mondialisation et la question des Droits fondamentaux**. Québec: Presses de l'Université Laval, 2003.

GIQUEL, Jean, HAURIUO André. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. Paris: Éditions Montchrestien, 1985.

GODINHO, José Magalhães. **Direitos, Liberdades e Garantias Individuais**, 2. ed., Lisboa: Seara Nova, s/d.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. A evolução da protecção dos direitos fundamentais no espaço comunitário. *In* RIQUITO, Ana Luísa; VENTURA, Catarina Sampaio; ANDRADE, J. C. Vieira de, *et alii*. **Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 17-38.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Título original: **Qu'est-ce la démocratie? La généalogie philosophique d'une grande aventure humaine**.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Tradução para o espanhol de Antonio López Pina. Madrid: Editorial Trotta, 2006. Título original: **Die Zukunft der Verfassung**.

HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Título original: **Zeit der Übergänge**.

HASTRUP, Kirsten. Representing the common good. The limits of legal language. *In* WILSON, Richard Ashby; MITCHELL, Jon P. **Human rights in global perspective**. Anthropological studies of rights, claims and entitlements. Londres: Routledge, 2003, p. 16-53.

HAURIUO, André. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. Paris: Éditions Montchrestien, 1968.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia da História**. Tradução de Maria Rodrigues e Hans Harden. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008. Título original: **Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte**.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original: **Staatslehre**.

HÖFFE, Otfried. **Derecho intercultural**. Tradução ao espanhol de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000.

**Human Rights Watch.** Disponível em: <<http://www.hrw.org/node/106212>>. Acesso em: 14.11.2012.

**Human Rights Watch.** Venezuela: concentration and abuse of power under Chávez. Disponível em: <<http://www.hrw.org/news/2012/07/17/venezuela-concentration-and-abuse-power-under-ch-vez>>. Acesso em: 14.11.2012.

HUME, David. **Ensaio morais, políticos & literários.** Tradução de Luciano Trigo. Rio de Janeiro: Topbooks, 2004.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos:** uma história. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Título original: **Inventing human rights – a history.**

HUNTINGTON, Samuel P. **The clash of civilizations and the remaking of world order.** Londres: Free Press, 2002.

IGNATIEFF, Michael. **Human rights as politics and idolatry.** Nova Jersey: Princeton University Press, 2001.

INGENIEROS, José. **Para uma moral sem dogmas.** Tradução, apresentação e notas de Isaac Sabbá Guimarães. Curitiba: Juruá, 2009.

JOSEFO, Flavio. **Guerra de los judíos y destrucción del templo y ciudad de Jerusalén.** V. II 9. ed. Tradução de Juan Martin Cordero. Barcelona: Editorial Iberia, 2001.

JOSEFO, Flávio. **História dos hebreus.** Vol. VII. Tradução do padre Vicente Pedroso. São Paulo: Editora das Américas, s/d.

JOSEFO, Flavio. **Sobre la antigüedad de los judíos. Autobiografía.** Tradução, introdução e notas de José Ramón Busto Saiz e Victoria Spottorno Díaz-Caro. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

JULIOS CAMPUZANO, Alfonso de. **La dinámica de la libertad.** Tras las huellas del liberalismo. Sevilha: Universidad de Sevilla, 1997.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura.** 5. ed. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Título original: **Kritik der Reinen Vernunft.**

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, s/d. Título original: **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten.**

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes.** Parte I: princípios metafísicos da doutrina do direito. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, s/d. Título

original: **Die Metaphysik der Sitten**. Erster Theil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre.

KANT, Immanuel. Para a paz perpétua. In GUINSBURG, J. **A paz perpétua**. Um projeto para hoje. São Paulo: Perspectiva, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Título original: **General theory of law and state**.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984, p. 309-310. Título original: **Reine Rechtslehre**.

KRISTELLER, Paulo O. **El pensamiento renacentista y sus fuentes**. Tradução ao espanhol de Federico Patán López. Madri: Fondo de Cultura Económica, 1993. Título original: **Renaissance thought and its sources**.

KUJAWSKI, Gilberto de Mello. **Ortega y Gasset: a aventura da razão**. São Paulo: Moderna, 1994.

**La crisis ya no es nacional sino internacional**. Disponível em: <<http://www.un.org/spanish/printnews.asp?NewsID=24130>>. Acesso em: 07.08.2012.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **A antropologia face aos problemas do mundo moderno**. Tradução de Pedro Vidal. Maia: Círculo de Leitores, 2012. Título original: **L'Anthropologie face aux problèmes du monde moderne**.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **La pensée sauvage**. Paris: Agora, 2009.

LEYE Els; DEBLONDE, Jessika; GARCÍA-AÑÓN, José, *et alii*. An analysis of the implementation of laws with regard to female genital mutilation in Europe. **Crime Laws Soc**, n. 47, p. 1-31.

LIMA, Vera Lúcia de. **Reconstrução dos Direitos Humanos em tempo de globalização**. Dissertação de Mestrado em Economia apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2007.

LINDERFALK, Ulf. The effect of jus cogens norms: whoever opened Pandora's Box, did you ever think about the consequences? **The European Journal of International Law**. Vol. 18, nº 5, 2008, p. 853-871.

LUCAS MARTÍN, Francisco Javier de. **El desafío de las fronteras**. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural. Madri: Ediciones Temas de Hoy, 1994.

LUHMANN, Niklas. **Observaciones de la modernidad**. Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna. Tradução ao espanhol de Carlos Fortea Gil. Barcelona: Paidós, 1997. Título original: **Beobachtungen der Moderne**.

LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema**: la ambición de la teoría. Tradução ao espanhol de Santiago López Petit e Dorothee Schmitz. Barcelona: Paidós, 1997. Título original: **System and Funktion**.

LYOTARD, Jean-François. **La condition postmoderne**. Paris: Les Éditions de Minuit, 2009

MACHADO, João Baptista. Antropologia, existencialismo e direito. Reflexões sobre o discurso jurídico. **Revista de Direito e de Estudos Sociais**, Coimbra, ano XI, p. 42-85, 1960.

MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. 9ª reimp. Coimbra: Almedina, 1996

MAIMÔNIDES. **Comentários da Mishná**. Ética dos pais – Sanhedrin. Tradução de Alice Frank. São Paulo: Maayanot, 1993.

MAIMÔNIDES. **Mishné Torá**. O livro da sabedoria. Tradução do rabino Yaacov Israel Blumenfeld. Rio de Janeiro: Imago, 1992. Título original: מִשְׁנֵה תּוֹרָה

MAIMÔNIDES. **Os 613 mandamentos**. Tradução de Giuseppe Nahaissi. 3. ed. São Paulo: Nova Arcádia, 1990. Título original: תּוֹרַת הַמִּצְוֹת

MARANHÃO, Ney Stany Moraes. **A afirmação histórica dos direitos fundamentais**: a questão das dimensões ou gerações de direitos. disponível em: <<http://www1.anamatra.org.br/sites/1200/1223/00001554.pdf>>. Acesso em: 14.03.12.

MARÍAS, Julián. **Acerca de Ortega**. Madri: Editorial Espasa Calpe, 2000.

MARÍAS, Julián. **História da filosofia**. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Título original: **Historia de la filosofía**.

MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando. La “protección internacional” de los Derechos Humanos desde la Paz de Westfalia hasta la Revolución Francesa. In PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio; DE ASÍS ROIG, Rafael. **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo II, Vol. III. Madri: Dykinson, 2001, p. 401-437.

MARITAIN, Jacques. **Humanismo integral**: uma visão nova da ordem cristã. 5. ed. Tradução de Afrânio Coutinho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1965. Título original: **Humanisme intégral**.

MARTINS, Ana Maria Guerra. **Curso de Direito Constitucional da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2004.

MARTINS, Ana Maria Guerra. **Direito internacional dos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2012.

MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. *In* BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI Nicola et PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. V. 1. Tradução de João Ferreira *et alii*. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. Título original: **Dizionario di politica**.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. 8. ed. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Atena, 2010. Título original: **El árbol del conocimiento**.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris/CPGD-UFSC, 1994.

MELO, Osvaldo Ferreira de. O papel da política jurídica na construção normativa da pós-modernidade. *In* DIAS, Maria das Graças dos Santos; SILVA, Moacyr Motta; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política jurídica e pós-modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

MERON, Theodor. **Collected courses of the Hague Academy of International Law (2003)**. T. 301. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

MIGLINO, Arnaldo. **Il colore della democrazia**. Roma: M.C.R Editrice, 2006.

MILL, John Stuart. On liberty. *In* **Man & State**. The political philosophers. 2. ed. Nova Iorque: Washington Square Press, 1966, p. 198.

MIRANDA, Jorge. **Curso de direito internacional público**. 4. ed. rev. e atual. Cascais: Principia, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. T. I. 6. ed. rev. e atual., 1997.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

MIRANDA, Jorge. O direito internacional de um novo século. *In* GOMES, Eduardo; REIS, Tarcísio (org.). **Desafios do direito internacional no século XXI**. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da constituição**. Rio de Janeiro:



Forense, 2005.

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Tradução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho e Luís Loia. Lisboa: Edições 70, 2008. Título original: **Oratio de homines dignitate**.

MOREIRA, Vital. A Carta e a adesão da União Europeia à Convenção Europeia do Homem (CEDH). In Riquito, Ana Luísa; Ventura, Catarina Sampaio; Andrade, J. C. Vieira de, et alii. **Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 89.

MOSSÉ, Claude. **Atenas: a história de uma democracia**. 3. ed. Tradução de João Batista da Costa. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. Título original: **Histoire d'une démocratie: Athènes**.

MOURGEON, Jacques. **Les droits de l'homme**. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1981.

NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral: uma polêmica**. Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza. 3. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. Título original: **Zur Genealogie der Moral**.

NIETZSCHE, Friedrich. **O anticristo**. Anátema sobre o cristianismo. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2002. Título original: **Der Antichrist**.

NIETZSCHE, Friedrich. **Sobre la utilidad y el perjuicio de la historia para la vida**. [II Intempestiva]. 2.ed. Tradução ao espanhol de Germán Cano. Madri: Editorial Biblioteca Nueva, 2003.

O'RAWE, Mary. As Nações Unidas: estrutura *versus* substância (lições dos principais tratados e pactos). In HEGARTHY, Angela; LEONARD, Siobhan. **Direitos do homem**. Uma agenda para o século XXI. Lisboa: Instituto Piaget, 2003, p. 37-58. Título original: **Human rights: an agenda for the 21st century**.

OHMAE, Kenichi. **The end of the nation state**. The rise of regional economies. Nova Iorque: The Free Press, 1995.

**Opinión Consultiva**. Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción de Delito de Genocidio. (28.05.1951). Disponível em: <[http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum\\_1948-1991.pdf](http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf)>. Acesso em 08.08.12.

ORAA, Jaime; GÓMEZ ISA, Felipe. **La Declaración Universal de los Derechos Humanos**. Bilbao: Universidad de Deusto, 1998.

**Organização dos Estados Americanos**. Disponível em: <[http://www.oas.org/pt/sobre/quem\\_somos.asp](http://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp)>. Acesso em: 12.10.2012.

ORTEGA Y GASSET, José. El origen deportivo del Estado. *In* ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo II. Madri: Alianza Editorial, 1998.

ORTEGA Y GASSET, José. El tema de nuestro tiempo. *In* ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo III. (1917-1925). 3. ed. Madri: Taurus, 2006.

ORTEGA Y GASSET, José. Historia como sistema. *In* ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo VI. Madri: Alianza Editorial, 1997.

ORTEGA Y GASSET, José. La decadencia de occidente, de Oswald Spengler. *In* ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo III. (1917-1925). 3. ed. Madri: Taurus, 2006.

ORTEGA Y GASSET, José. La historiología. *In* ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo VIII. (1926-1932). Madri: Taurus, 2008.

ORTEGA Y GASSET, José. Meditaciones del Quijote. *In* ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo I (1902-1915). Madri: Taurus, 2004.

ORTEGA Y GASSET, José. Una interpretación de la historia universal. *In* ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo IX. Madri: Alianza Editorial, 1997.

ORTEGA Y GASSET, José. Vieja y nueva política. *In* ORTEGA Y GASSET, José. **Obras completas**. Tomo I (1902-1915). Madri: Taurus, 2004.

**Pacto da Sociedade das Nações.** Disponível em <[http://advonline.info/vademecum/2008/HTMS/PDFS/INTER/PACTO\\_SOCIEDADE\\_NA\\_\\_ES.PDF](http://advonline.info/vademecum/2008/HTMS/PDFS/INTER/PACTO_SOCIEDADE_NA__ES.PDF)> Acesso em: 21.04.12.

PAINE, Thomas. **Common sense, Rights of man**. Nova Iorque: New American Library, 2003.

PAIS, Sofia Oliveira. **Estudos de direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2012.

PAREKH, Bhikhu. Non-ethnocentric universalism. *In* DUNNE, Tim; WHEELER, J. Nicholas. **Human rights in global politics**. UK: Cambridge University Press, 1999, p. 128-159.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, ASÍS ROIG, Rafael de (Orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**. T. II, vol. III. Madri: Dykinson, 2001.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. Teoría general. Madri: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 297.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Transito a la modernidad y derechos fundamentales. *In* PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio et FERNANDES GARCÍA, Eusebio (Orgs). **Historia de los derechos fundamentales**. Tomo I: Transito a la modernidad. Siglos XVI y XVII. Madrid: Dykinson, 1998.

PECES-BARBA MATÍNEZ, Gregorio. **Derecho y derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José. El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos. *In* PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio; ASÍS ROIG, Rafael de (Orgs.). **Historia de los derechos fundamentales**. T. II, vol. II. Madri: Editorial Dykinson, 2001, p. 451-577.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 9. ed. Madri: Tecnos, 2005.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **La tercera generación de derechos humanos**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.

PÉREZ-PRENDES, José Manuel. **Instituciones medievales**. Madri: Editorial Sintesis, 1997, p. 89. Fizemos aqui uma tradução livre do texto.

PINON, René. La conception britannique de la liberté. **Revue Politique et Parlementaire**, t. CCXXVII, octobre-décembre, 1938, p. 394-408.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais, europeu, interamericano e africano. São Paulo: saraiva, 2006.

PLATÃO. **A república**. 3. ed. Sintra: Publicações Europa-América, s/d.

POJMAN, Louis. **Terrorismo, Direitos Humanos e a apologia do governo mundial**. Tradução de Célia Teixeira. Lisboa: Bizâncio, 2007. Título original: **Terrorism, human rights, and the case for world government**.

PONTES DE MIRANDA. **Democracia, liberdade, igualdade**. Os três caminhos. Atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002.

POPPER, Karl R. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tomo I. Tradução de

Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1987. Título original: **The open society and its enemies**.

POPPER, Karl. **O mito do contexto**. Em defesa da ciência e da racionalidade. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 130. Título original: **The myth of the framework**.

**Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul**. Disponível em: <<http://www.mercosul.org.br/tratados-e-protocolos/>>. Acesso em: 1.11.2012.

**Protocolo de Olivos**. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/protocolo-de-olivos-1>>. Acesso em: 01.11.2012.

**Protocolo Modificativo do Protocolo de Olivos**. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/protocolo-modificativo-ao-protocolo-de-olivos-1>>. Acesso em: 01.11.2012.

**Protocolo de Ouro Preto**. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/protocolo-de-ouro-preto-1/>>. Acesso em: 1.11.2012.

PUREZA, José Manuel. **O património comum da humanidade**: rumo a um direito internacional da solidariedade? Porto: Edições Afrontamento, 1998.

QUADROS, Fausto de. **Direito da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2004.

RAWLS, John. **Justice as fairness**: a restatement. 2. ed. Cambridge: Erin Kelly Ed., 2001.

REAL FERRER, Gabriel; CRUZ, Paulo Márcio. A crise financeira mundial, o Estado e a democracia. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. P. 46-56. Jul.-dez. 2009. Disponível em: <[www.rechtd.unisinos.br/pdf/82.pdf](http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/82.pdf)>. Acesso em: 11.09.12.

REHMAN, Javid. **International human rights law**. A practical approach. Edimburgo: Pearson Education, 2003.

**Resolution 1235 (XLII)**. Disponível em <<http://www2.ohchr.org/english/>>. Acesso em: 6.08.12.

**Resolution 2625 (XXV)**. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/348/90/IMG/NR034890.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 6.08.12.

**Resolución 2042 (2012)**. Consejo de Seguridad. Disponível em: <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=s/res/2042%20\(2012\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=s/res/2042%20(2012))>. Acesso em: 06.09.2012.

**Resolución 2043 (2012).** Consejo de Seguridad. Disponível em <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=s/res/2043%20\(2012\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=s/res/2043%20(2012))>. Acesso em 07.08.2012.

REY CANTOR, Ernesto. **Teorías políticas clásicas de la formación del estado**. 3. ed. Bogotá: Temis, 1996.

ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro. **Relativismo cultural versus Universalismo ético**. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1822/8734>>. Acesso em: 05.03.12.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; DOMINGUES, Leyza Ferreira; RIBEIRO, Elisa de Souza. A adesão da Venezuela ao Mercosul. O manifesto da expansão integracionista. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 45, n. 177, p. 7-17, jan.-mar. 2008.

RODRÍGUEZ BEREJO, Álvaro. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la protección de los Derechos Humanos. In FERNÁNDEZ SOLA, Natividad (org.). **Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional**. Madri: Dykinson, 2004, p. 11-36.

ROULAND, Norbert. **Nos confins do direito**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 81. Título original: **Aux confins du droit**.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. 2. ed. rev. da tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Título original: **Du contrat social: principes du droit politique**.

SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. Aspectos sobre a intencionalidade do direito a partir de uma aproximação às regras dos jogos de linguagem de Wittgenstein. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 862, p. 69-92, 2007.

SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. Compreensão da vontade do direito: um problema da filosofia da linguagem. **Âmbito do Ministério Público de Minas Gerais**, v. 20, p. 16-18, 2010.

SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Habeas corpus**: críticas e perspectivas (um contributo para o entendimento da liberdade e de sua garantia à luz do direito constitucional). 3. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2009.

SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Metodologia do ensino jurídico**. Aproximação ao método e à formação do conhecimento jurídico. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. Novos paradigmas político-sociais e a crise de conceitos: há futuro para uma teoria do Estado? In PASOLD, Cesar Luiz (org.). **Primeiros ensaios de teoria do estado e da constituição**. Curitiba: Juruá,

2010, p. 53-71.

SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Pelos caminhos de Israel**. Curitiba: Juruá, 2009.

SABBÁ GUIMARÃES, Newton. **A força do Judaísmo**. Texto inédito.

SABBÁ GUIMARÃES, Newton. A poesia de Violeta Branca. **Revista da Academia Amazonense de Letras**, ano LXXXIII, n. 23, p. 28-35, nov. 2001.

SABBÁ GUIMARÃES, Newton. **Páginas inquietas**. Idéias políticas e outras inquietações. Manaus: Comissão do Patrimônio Histórico, 1982.

SALDANHA, Eduardo; ANDRADE, Melanie Merlin de. **Immanuel Kant**: idealismo e a Carta da ONU. Curitiba: Juruá, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos de globalização. *In* SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **A globalização e as ciências sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 25-102.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 13. ed. Porto: Edições Afrontamento, 2002.

SANTOS, Boaventura Sousa. Linha de horizonte. *In* SANTOS, Boaventura Sousa (organizador). **A globalização e as ciências sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARTORI, Giovanni. **A política**: lógica e método nas ciências sociais. Tradução de Sérgio Bath. 2 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. Título original: **La política**: logica e metodo in scienze sociali.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Tradução ao espanhol de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1982.

SEBRELI, Juan José. **El asedio a la modernidad**. Crítica del relativismo cultural. Barcelona: Editorial Ariel, 1992.

SHAW, Donald. **La generación del 98**. 7. ed. ampl. Tradução ao espanhol de Carmen Hierro. Madrid: Ediciones Cátedra, 1997. Título original: **The**

## **generation of 1898 in Spain.**

SILVA, Karine de Souza. A consolidação da União Europeia e do direito comunitário no contexto da transnacionalidade. *In* CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 97-122.

SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da união europeia**. 2. ed. atual. e ampl. Lisboa: Quid Juris, 2011.

SILVEIRA, Alessandra; FROUFE, Pedro Madeira. **Tratado de Lisboa**. Versão Consolidada. 2. ed. atual. e ampl. Lisboa: Quid Iuris, 2010.

**Síria:** Asamblea General aprueba resolución que condena violencia. Disponível em: <<http://www.un.org/spanish/News/fullstorynews.asp?NewsID=24129>>. Acesso em: 07.08.2012.

SKINNER, B. F. **Para além da liberdade e da dignidade**. Tradução de Joaquim Lourenço Duarte Peixoto. Lisboa: Edições 70, 2000. Título original: **Beyond freedom and dignity**.

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. Tradução de Renato Janine Ribeiro e de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. Título original: **The foundations of modern political thought**.

SMITH, Keri E. Iyall. **New agoras and old institutions: the case of Human Rights**. Disponível em: <<http://www.springerlink.com/content/0n7746r4u1988m57/>>. Acesso em 03.10.2012.

SOARES, António Goucha. **A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia**. Proteção dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

SÓFOCLES. Antígone. *In* ÉSQUILO, SÓFOCLES, EURÍPEDES. **Teatro grego**. Tradução de J. B. Mello e Souza. Rio de Janeiro: W. M. Jackson Inc., s/d.

SPENGLER, Oswald. **La decadencia de occidente**. Bosquejo de una morfología de la historia universal. Tradução para o espanhol de Manuel G. Morente. Madri: Espasa-Calpe, 1958.

SPINOZA, Baruch. **Tratado teológico-político. Tratado político**. Tradução para o espanhol de Enrique Tierno Galván. 3. ed. Madri: Tecnos, 1996.

**Statute of Council of Europe**. Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/001.htm>>. Acesso em:

23.10.2012.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. *In* CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 15-53.

STELZER, Joana. **União européia e supranacionalidade**: desafio ou realidade? 2ed., 5ª tiragem, rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2009.

STRAUSS, Leo. **Natural right and history**. Chicago: The University of Chicago Press, s/d.

SZABO, Imre. Fundamentos históricos e desenvolvimento dos direitos do homem. *In* VASAK, Karel (Org.). **As dimensões internacionais dos direitos do homem**. Tradução de Carlos Alberto Aboim Brito. Lisboa: Editora Portuguesa de Livros Técnicos e Científicos, 1983.

TAIAR, Rogério. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos. Tese de doutorado em direito defendida na USP, 2009.

TAMAMES, Ramón. **Un nuevo orden mundial**. La senda crítica de la razón y el gobierno de la humanidad. 3. ed. Madri: Espasa-Calpe, 1992.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TEIXEIRA, Carla Noura. **Por uma nova ordem internacional**. Uma proposta de Constituição mundial. Tese de doutorado defendida na PUC/SP, 2009.

TODOROV, Tzvetan. **A passion for democracy**. Benjamin Constant. Traduzido ao inglês por Alice Seberry. Nova Iorque: Algora, 2010. Título original: **Benjamin Constant**. La passion démocratique.

TODOROV, Tzvetan. **O jardim imperfeito**. Tradução de Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005. Título original: **Le jardin imparfait**: la pensée humaniste en France.

TOLEDO JÚNIOR, Milton Nunes. **Direito internacional imperativo**. *Jus cogens*. Dissertação de mestrado em Direito. Universidade Católica de Brasília, 2006, p. 86-87.

TOMÁS DE AQUINO, São. **Suma teológica**. Vol. I. Tradução de Aldo Vannucchi *et alii*. São Paulo: Loyola, 2001. Título original: **Summa Theologica**.

TOMÁS DE AQUINO, São. **Suma teológica**. Vol. III. Tradução de Aldo



Vannucchi *et alii*. São Paulo: Loyola, 2003. Título original: **Summa Theologica**.

TONETTO, Milene Consenso. **Direitos humanos em Kant e Habermas**. Florianópolis: Insular, 2010.

TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma**. Para compreender o mundo de hoje. Tradução de Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. Título original: **Un nouveau Paradigme**.

**Tratado da União Europeia (Tratado de Maastricht)**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html#0001000001>>. Acesso em: 25.10.2012.

**Tratado da União Europeia**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/12007L/htm/C2007306PT.01001001.htm>>. Acesso em: 25.10.2012.

**Tratado de Amsterdã**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html#0001010001>>. Acesso em: 28. 10. 2012.

**Tratado de Assunção**. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/tratado-de-assuncao-1>>. Acesso em: 01.11.2012.

**Tratado Constitutivo da UNASUL**. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/unasul>>. Acesso em: 13.11.2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil**. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

TUCÍDIDES. **História da guerra do Peloponeso**. 4. ed. Tradução (direta do grego) de Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2001.

UNAMUNO, Miguel de. **Do sentimento trágico da vida**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Título original: **Del sentimiento trágico de la vida**.

UNAMUNO, Miguel de. **En torno al casticismo**. Madrid: Alianza Editorial, 2008.

VASAK, Karel. Por um direito internacional específico dos direitos do homem.

In VASAK, Karel. **As dimensões internacionais dos direitos do homem**. Tradução de Carlos Alberto Aboim de Brito. Lisboa: Editora Portuguesa de Livros Técnicos e Científicos/UNESCO, 1983, p. 674-682.

VERDOODT, Albert. **Naissance et signification de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme**. Paris: Éditions Nauwelaerts, 1964.

VICO, Giambattista. **La scienza nuova**. 10. ed. Milão: Biblioteca Universale Rizzoli, 2008.

VICO. Giambattista. **Principios de una ciencia nueva**; en torno a la naturaleza común de las naciones. 3. ed. Tradução para o espanhol de José Carner. Introdução de Max H. Fisch. México: Fondo de Cultura Económica, 2006. Título original: **Pricipij di sciencia nuova d'intorno alla comune natura delle nazione**

VOLTAIRE. **Dictionnaire philosophique**. Paris: Flammarion, s/d.

VOLTAIRE. **Trattato sulla tolleranza**. 9. ed. Tradução ao italiano de Lorenzo Bianchi. Milão: Feltrinelli, 2008. Título original: **Traité sur la tolerance**.

VOVELLE, Michel. **A revolução francesa**. 1789-1799. Tradução de Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, 2007. Título original: **La révolution française**, 1789-1799.

WATSON, Adam. **A evolução da sociedade internacional**. Uma análise histórica comparativa. Tradução de René Loncan. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Coleção Os Pensadores, vol. XLVI. Trad. de José Carlos Bruni. São Paulo: Abril, 1975.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico. Investigações filosóficas**. 3. ed. Tradução e prefácio de M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

WOOD, Allen W. **kant**. Tradução de Delamar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2008. Título original: **Kant**.

YAN, Yunxiang. Managed globalization. State power and cultural transition. In BERGER, Peter L; HUNTINGTON, Samuel P. **Many Globalizations**. Cultural diversity in the contemporary world. Nova Iorque: Oxford University Press, 2003, p. 19-47.

ZAMBRANO, María. **Persona y democracia**. 2. ed. Madrid: Ediciones Siruela, 2004.

**Zohar**. O livro do esplendor. Passagens seleccionadas pelo rabino Ariel Bension. Introdução e tradução de Rosie Mehoudar. 1. reimp. São Paulo: Polar, 2006.

ZOLO, Danilo. **Cosmópolis**. Perspectivas y riesgos de un gobierno mundial. Tradução para o espanhol de Rafael Grasa e Francesc Serra. Barcelona: Paidós, 2000. Título original: **Cosmopolis**.

ZOLO, Danilo. **La justicia de los vencedores**. Tradução ao espanhol de Elena Bossi. Buenos Aires: Edhasa, 2007. Título original: **La giustizia dei vincitori**.